لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١هـ - ٦١٦هـ

اعتنى بجمعه ونصبه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد التاسع

إدارة القرآن　　　المجلس العلمي

الفصل الرابع
فيما يتعلق بالشروط في الوقف

١٠٩٤٥- إذا وقف أرضه، وشرط الكل لنفسه، أو شرط البعض لنفسه ما دام حياً، وبعده للفقراء المسلمين، فالوقف باطل عند محمد وهلال الرازي، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الوقف صحيح، ذكر الخلاف على هذا الوجه في مواضع كثيرة، فأبو يوسف يعتبر الابتداء بالانتهاء؛ لأنه يجوز الوقف على جهة يتوهم انقطاعها، وإذا انقطعت عادت الغلة إليه، فكذلك في الابتداء يقدم نفسه على غيره في الغلة، وهذا لأن معنى التقرب لا يزول بهذا، قال عليه الصلاة والسلام: «نفقة الرجل على نفسه صدقة»[1]، وقد صح برواية زيد ابن ثابت رضي الله تعالى عنه: «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته»[2]، وأراد به الصدقة الموقوفة، ولا يحل للواقف الأكل من الوقف إلا أن يشترط لنفسه شيئاً من ذلك؛ ولأنه كان شرطه لنفسه شيئاً.

وجه قول محمد: أن معنى التقرب في الوقف بإزالة الملك، واشتراط كل الغلة أو بعضها لنفسه يمنع زوال الملك، فيمنع صحة الوقف. مشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وعليه الفتوى ترغيباً للناس في الوقف.

١٠٩٤٦- وذكر الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: أنه لو اشترط أن يأكل من الغلة يجوز عند محمد رحمه الله تعالى، وكذلك لو شرط الغلة إلا مائة، فهو كاشتراطها لنفسه.

١٠٩٤٧- ولو شرط بعض الغلة لأمهات أولاده في حال حياته، وبعد وفاته، فهو جائز بلا خلاف، أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: فلأنه لو شرط بعض الغلة لنفسه

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٤/٢٣١)، والبيهقي في سننه الكبرى (٢٠٩١٩): باب ما جاء في إعطاء الشعراء، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٦٤١). وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٧٩) من حديث المقدام بن معديكرب والخدري، ومن حديث جابر، ومن حديث أبي أمامة.

(٢) ذكره ابن حجر في الدراية (٧٥٩) وقال: لم أجده (٢/١٤٦)، وقال الزيلعي: غريب أيضاً (٣/٤٧٩).

حال حياته [يجوز، فهنا أولى، وأما على قول محمد: فمشكل؛ لأنه لا يجوز اشتراط الغلة لنفسه حال حياته][1]، واشتراطها لأمهات أولاده حال حياته بمنزلة اشتراطها لنفسه، والوجه في ذلك لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن بعد وفاته؛ لأنهن يعتقن بموته، فاشتراطها لهن كاشتراطها لسائر الأجانب، فيجوز ذلك في حال حياته أيضًا، تبعًا لما بعد الوفاة، وهذا كما قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في أصل الوقف إذا كان قال: وقفت أرضي هذه حال حياتي وبعد وفاتي، يصير لازمًا للحال، وكان لزومه في الحال تبعًا لما بعد الموت، وكذلك إذا سمى ذلك لمدبريه؛ لأنهم يعتقون بموته كأمهات الأولاد، بخلاف العبيد، والإماء على قول محمد رحمه الله تعالى.

١٠٩٤٨- وإذا وقف وقفًا مؤبدًا، واستثنى لنفسه أن ينفق من غلة هذا الوقف على نفسه وعياله وحشمه ما دام حيًا، حتى جاز الوقف والشرط جميعًا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، فإذا انقرضوا صارت الغلة للمساكين.

١٠٩٤٩- وإذا وقف وقفًا على فلان وعلى أقربائه بأعيانهم، جاز ما داموا أحياء، فإذا انقرضوا يرجع إليه إن كان حيًا، وإلى ورثته إن كان ميتًا، هكذا ذكر في "الأجناس"، وأشار إلى الفرق، فقال: في المسألة الثانية أوجب الصدقة لهؤلاء خاصة، فإذا مات لا ينتقل إلى غيره، وفي المسألة الأولى جعلها صدقة موقوفة على الفقراء، فقد مضت المسألة، ثم أدخل الاستثناء لصدقة مضت، فكذلك رجعت إلى المساكين.

١٠٩٥٠- وإذا وقف وقفًا، وشرط لنفسه أن يأكل، ويؤكل من أحب ما دام حيًا، ثم من بعده على ولده، وولد ولده، ونسلهم أبدًا ما تناسلوا، فإذا انقرضوا، فهو على المساكين، فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، ولم يكن ذلك وصية للولد؛ لأن الولد يأكل من مال الله تعالى، ألا ترى أنه لو وقف على أولاده، وأولاد أولاده أبدًا ما تناسلوا، وجعل آخره للفقراء يجوز؟ كذلك هنا، ذكره في "الأجناس".

١٠٩٥١- وفي "فتاوى أهل سمرقند": وإذا وقف وقفًا، وشرط لنفسه أن يأكل ما دام حيًا، ثم مات وعنده معاليق وزبيب من هذا الوقف يرد إلى الوقف؛ لأن المستثنى هو الأكل وقد تعذر، ولو كان عنده خبز من بر ذلك الوقف يكون ميراثًا عنه لورثته، ولا يرد إلى الوقف.

والفرق أنه ليس للأوصياء أن يخبزوا ما يخرج من البر، فإذا خبز فقد فعل ما ليس له ذلك فلم يملكه، فيصير ميراثًا لورثته، وللأوصياء أن يتخذوا المعاليق والزبيب، فقد فعل ما له

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نعم] كما كانت، ويكون الثانية له، يصنع بها ما بدا له. فإن استحقت الأرض التي باعها من يد المشتري، فالأرض الثانية له، يصنع بها ما شاء، ولا يكون وقفاً من قبل أن التي استحقت كان وقفه باطلاً.

وسئل شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله تعالى عمن وقف على أولاده، وقال فيهم: أن يخرجهم عن أسمائهم في عمره، قال: لو كان هذا شرطاً في الوقف، كان الوقف باطلاً. وهذا يجب أن يكون [على] قول محمد رحمه الله تعالى، وأما على قول أبي يوسف: يجوز الوقف، ويبطل الشرط على ما ذكرنا قبل هذا.

١٠٩٥٦ - وإذا شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الوقف جائز، والشرط جائز، وعلى قول محمد، الوقف باطل [وعلى قول أبي يوسف من خالد: الوقف جائز، والشرط باطل][1]

محمد يقول: الوقف صحته تعتمد تمام الرضا، ألا ترى أنه لا يصح مع الكره، واشتراط الخيار يمنع تمام الرضا؛ ولأن القبض عنده شرط صحة الوقف، واشتراط الخيار يمنع تمام][2] القبض، ألا ترى أن في الصرف والسلم لا يتم القبض مع شرط الخيار. وأبو يوسف يقول: الوقف يتعلق به اللزوم، ويحتمل الفسخ بعض الأسباب، واشتراط الخيار للفسخ، فيصح شرط الخيار فيه، كما في البيع.

١٠٩٥٧ - وإن قال: أبطلت الخيار، لا ينقلب الوقف جائزاً عند محمد رحمه الله تعالى، ذكره هلال في وقفه.

١٠٩٥٨ - وإذا شرط الولاية لنفسه في عزل القوام والاستبدال بهم، وإخراجه من يده إلى يد المتولي جاز، نص عليه في السير الكبير؛ لأن هذا الشرط لا ينافي شرائط الوقف، وإن لم يشترط الولاية لنفسه وأخرجه من يده، قال محمد رحمه الله تعالى: الولاية للقيم، وقال أبو يوسف: الولاية للواقف، وله أن يعزل القيم في حياته.

١٠٩٥٩ - وإذا مات الواقف، بطل ولاية القيم؛ لأن الوقف عنده صحيح بدون التسليم إلى المتولي، فإذا أسلمه إلى المتولي، كان [المتولي] كالوكيل عنه، فيعزل بموته، إلا إذا جعله قيماً في حال حياته وبعد وفاته، فحينئذ يصير وصياً، وعند محمد رحمه الله تعالى التسليم إلى المتولي شرط صحة الوقف، فلا يكون المتولي كالوكيل عنه، فلا يملك عزله.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من م و ب.

(٢) أثبتت هذه العبارة من ظ و م.

وكذلك لو حبس فرسًا، أو سلاحًا، وجعله وقفًا عشرين سنة، ثم هي مردودة إلى صاحبها: لم يكن وقفًا

١٠٩٦٣- في فتاوى أبي الليث وفي سير العيون: حبس فرسًا في سبيل الله عشر سنين، ثم هي مردودة على صاحبها، فهو باطل، وعن أبي يوسف بن خالد السمتي أستاذ هلال أن الوقف جائز، والشرط باطل، وكذلك في الوقف شرط أن يبيعه، كما قال أبو القاسم وأبو نصر.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا جعل فرسه في السبيل على أن يمسكه ما دام حيًا، إن أراد الإمساك ليجاهد عليه له ذلك، لأنه لو لم يشترط كان للجاعل السبيل إمساكه ليجاهد، وإن أراد الإمساك لينتفع به غير الجهاد، لم يكن له ذلك، وصح جعله للسبيل في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى.

نوع منه:

١٠٩٦٤- لو أن رجلا وقف أرضًا على قوم، ثم من بعدهم على المساكين، وشرط في الوقف أن له أن يزيد من رأى زيادته من أهل هذا الوقف، وله أن ينقص من رأى نقصانه منهم، وأن يدخل فيهم من رأى إدخاله، ويخرج من رأى إخراجه، فهو جائز على هذا الشرط، فإن زاد أحد منهم شيئًا على ما سماه له، وأخرج منهم أحدًا أو أدخل أحدًا، هل له بعد ذلك أن ينقص من زاده أو يزيد من نقصه، أو يخرج من كان أدخله؟ قال الخصاف في وقفه: إذا فعل ذلك مرة فليس له أن يغير بعد ذلك، فإن أراد أن يكون ذلك له دائمًا ما عاش، يزيد أو ينقص، ويدخل ويخرج مرة بعد مرة، قال: يشترط ذلك، ويقول في وقفه: ومن زاده فلان شيئًا من غلة هذه الصدقة على ما جعله فله أن ينقصه بعد ذلك، ومن نقصه فلان شيئًا مما جعله من غلة هذه الصدقة، فله أن يزيده بعد ذلك، ومن أخرجه عن هذه الصدقة، فله أن يدخله فيها بعد ذلك، ومن أدخله في هذه الصدقة فله أن يخرجه عنها بعد ذلك متى رأى يفعل ذلك كله برأيه، ويعيده على مشيئته أبدًا ما كان حيًا، رأيًا بعد رأي، ومشيئة بعد مشيئة.

١٠٩٦٥- وإن اشترط الواقف هذه الأشياء لوالي هذه الصدقة من بعده، ولم يشترط لنفسه، قال الخصاف: اشتراطه ذلك لوالي الصدقة اشتراط لنفسه، وله أن يفعل ذلك ما دام حيًا[1]، فإذا مات كان لوالي هذه الصدقة أن يفعل ما شرط له.

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في النسخ التي عندنا كلها: ما كان حيًا.

١٠٩٦٩ - ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على [أن لي أن] أعطي غلتها من شئت من ولدي، فالوقف صحيح، وله أن يعطي من شاء من ولده ابتداء؛ لأن الوقف عليهم صحيح، ويجوز إعطاء الوقف إياهم. ولو أراد أن يعطي غلته جميع ولده لا يجوز قياساً؛ لأن حرف من للتبعيض، فيترك واحداً منهم، وفي الاستحسان: يجوز [إذ لا](١) يراد بمثل هذا الكلام التبعيض، وإنما يراد به إثبات الخيار لنفسه بين إعطاء الواحد وبين إعطاء الكل، كما في قوله: كل من طعامي ما شئت. قال الفقيه أبو جعفر: القياس المذكور في المسألة قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، والاستحسان قولهما بناء على مسألة الجامع إذا قال لغيره: أعتق من عبيدي من شئت، وطلق من نسائي من شئت.

نوع آخر منه:

١٠٩٧٠ - إذا قال: أرضي صدقة موقوفة لله تعالى أبداً على أن أعطي غلتها من شئت من الناس، فهو جائز، فليس له أن يعطي نفسه، وإن قال بعد ذلك: جعلت غلتها لفلان ما عاش، فذلك جائز، ويصير كأنه سماه عند الوقف وشرط له ذلك. فإن قال بعد ذلك: حولتها عن فلان، وجعلتها لفلان رجل آخر، ليس له ذلك؛ لأن مشيئته قد انقطعت عن غلة هذا الوقف ما دام فلان حياً؛ لأن تعيينه قد صح في هذه الحالة، والتحق بالتعيين في ابتداء العقد، وهو نظير ما لو قال: أوصيت بثلث مالي، أو لفلان يعطيه [من] شاء، فقال فلان بعد موت الموصي: شئت أن أعطيه فلاناً، ثم قال بعد ذلك: أعطيته فلاناً آخر، ليس له ذلك، كذا هنا.

فإن مات من جعل له الغلة ما عاش، عادت المسألة إلى الوقف؛ لأنه جعل المشيئة إلى نفسه عاماً في جميع ما يخرج الله تعالى من الغلات، وإنما قطعت المشيئة في بعض الغلات، وهو ما يوجد في حال حياة فلان، فيكون مشيئته باقية فيما وراءه.

١٠٩٧١ - وإن مات الواقف قبل أن يجعل الغلة لواحد من الناس، كانت الغلة للفقراء؛ لأنه لما قال في صدر الكلام: صدقة موقوفة، فقد جعلها للفقراء، وبقوله: على أن أعطي غلتها من شئت، استثنى عن حق الفقراء، وبموته بطل الاستثناء، فعادت إلى الفقراء.

ثم يدخل في هذا الوقف الفقراء والأغنياء، بخلاف ما إذا وقف على الأغنياء، فإن ذلك لا يجوز؛ لأن الأغنياء لا انقراض لهم، فلا يتصور أن للفقراء فيه حقاً بحال، وإنهم محصيون، والجهة ليست بقربة، وفي مسألتنا يتصور أن يكون للفقراء حق بأن يعطي الفقراء

(١) هكذا في [illegible]، وكذا في الأصل و[illegible]: وفي الاستحسان يجوز لأنه يراد.

١٠٩٧٢ - ولو جعل غلتها لفلان سنة جاز ، وله أن يجعلها بعد ذلك لمن شاء ، وإن جعل غلتها لرجلين ، فالغلة بينهما ما عاشا ، فإن مات أحدهما ، فللحي نصف الغلة .

١٠٩٧٣ - ولو قال : جعلت [غلتها] لولدي صح ، كما لو وقف غلتها في الابتداء .

ولو قال : جعلت غلتها لأهل الدنيا الفقراء والأغنياء ، فالقياس أن يكون الوقف باطلاً ، وفي الاستحسان الوقف صحيح ، والجعل باطل ، وله المشيئة على حالها ؛ لأن أصل الوقف للفقراء ، وأنه جائز ، إلا أنه استثنى الغلة بمشيئة نفسه ، فإذا لم تصح المشيئة ، بقي الوقف على حاله ، والمشيئة على حالها ، كأنه لم يشأ أصلاً .

١٠٩٧٤ - ولو أوصى بثلث ماله ، وقال : فلان يعطي من شاء ، فذلك جائز ، فإن اختار أن يضع عند ابن الميت ، فإن أجاز سائر الورثة جاز ، وإن لم يجيزوا بطل ، وعاد الثلث إلى الورثة ، وليس له المشيئة بعد ذلك ، صح ذلك ؛ لأن تعيين الوصي ، وهو قائم مقام الموصي كتعيين الموصي ، ولو كان الموصي أوصى لورثته لا يجوز ، فكذا إذا عين الوصي وارثه للوصية .

١٠٩٧٥ - ولو وقف في مرضه على أن يعطي فلان غلته من شاء ، فاختار الوصي[1] أن يعطي ذلك في ولد الميت لا يجوز ؛ لأن الوقف في المرض وصية ، وتعيين الوصي كتعيين الموصي ، فكأن الواقف أوصى لولده ، ويبطل الوقف قياساً كما في الوصية ؛ لأن تعيين الوصي كتعيين الموصي في الوقف ، فكأن الموصي وقف على ولده في المرض ، فهذا كذلك ، وفي الاستحسان الوقف على الصحة ؛ لأن أصله وقع صحيحاً للفقراء ، إلا أن الواقف جعل لفلان المشيئة ، فإن شاء ما يصح به الوقف يصح ، ولا تبطل مشيئته .

نوع آخر :

١٠٩٧٦ - إذا قال : أرضي صدقة موقوفة على أن لفلان أن يعطي غلتها من شاء ، فمات الواقف قبل أن يجعل فلان الغلة لأحد ، بطلت مشيئته قياساً ؛ لأنه نائب عن الواقف في المشيئة ، وموت المنوب عنه يوجب بطلان النيابة ، وفي الاستحسان : له المشيئة ما دام حياً ؛ لأن ملك الواقف قد زال بنفس الوقف ، فلا يمكن أن يجعل فلان نائباً عنه في المشيئة ، وإنما هو يتصرف إلى الموقوف عليه ، فموت الواقف لا يبطل ولايته ، كمن وكل وكيلاً ، ونصب قيماً ، ثم مات الواقف ، فإن قال فلان : أعطيتها ولدي ونسلي جاز ، وكذلك لو قال : جعلتها لولد الواقف جاز .

---

(١) هكذا في الأصل ، وكان في النسخ الثانية التي عندنا : أن يدفع مكان أن يعطي

١٠٩٧٧ - ولو وضعها فلان في نفسه لم يجز، ولو أعطاها الواقف بطل الوقف، بخلاف ما إذا جعل الواقف المشيئة إلى نفسه في إعطاء الغلة، فأعطى نفسه، حيث لا يبطل الوقف؛ لأن ذلك لا يكون إعطاء؛ لأن اللفظة لا تتناوله. وهنا يكون إعطاء؛ لأن اللفظ يتناوله، فتعين الواقف بتعيينه، وصار كأن الواقف وقف على نفسه، فيبطل ضرورة.

ولو قال فلان: جعلتها للأغنياء، بطل الوقف؛ لأن تعيينه كتعيين الواقف، فكأن الواقف وقف على الأغنياء، وكذلك لو قال: جعلتها للواقف سنة، ثم بعد ذلك للفقراء، بطل الوقف، كما لو وقف على نفسه، ثم بعد ذلك على الفقراء، فإنه لا يصح الوقف، وإنه لا يصح؛ لأن في السنة يكون وقفا، وبعد السنة يكون تعليقًا بالخطر وإنه لا يجوز.

نوع منه:

١٠٩٧٨ - إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على بني فلان على أن لي أن أفضل من شئت منهم، كان ذلك جائزا، ويكون له أن يفضل من شاء، ولو رد المشيئة، فقال: لا أشاء، أو مات، كانت الغلة بين بني فلان بالسوية؛ لأنه بطل التفضيل بالمشيئة، ولو حرم بعضهم، ليس له ذلك؛ لأنه جعل له المشيئة في تفضيل البعض على البعض، لا في الحرمان.

وكذلك لو وقف على بني فلان على أن لفلان أن يفضل من شاء منهم، كان لفلان أن يفضل من شاء منهم، ولو كان بنو فلان ثلاثة إخوة، فقال لأحدهم: فضلته بنصف الغلة، فله ثلثا الغلة، والثلث للآخرين؛ لأنه جعل له نصف الغلة خاصة، ولم يتصرف في النصف الآخر بشيء، فيبقى بينهم بالسوية بأصل الوقف، فكان له من ذلك ثلثه، وله النصف خاصة، فجملة ذلك الثلثان، والثلث للآخرين][1]

١٠٩٧٩ - ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على أن لي أن أخص الغلة والثلث من شئت منهم، فهو كما قال، وله أن يخص من شاء منهم، ولو دفع الكل إلى واحد منهم جاز، ولو دفع الكل إلى الكل، فالقياس أنه لا يجوز، عملا بكلمة من، وفي الاستحسان يجوز، وقد مر جنس هذا.

١٠٩٨٠ - ولو قال: لا أخص واحدًا منهم هذه السنة، جاز، وكان بينهم بالسوية بأصل الوقف، ولو قال: لا أشاء أن أخص واحدًا منهم في حياتي، صار بينهم بالسوية، ولو كان

[1] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط وم وف.

غيره واحداً منهم، ثم مات الورثة، كان له تلك السنة، ثم بعد ذلك بينهم بالسوية.

١٠٩٨١ - ولو قال: على أن لي أخرج من شئت منهم، فهو كما قال، وله أن يخرج من شاء منهم، ولو خرج الكل لا يبطل تخريجه، قياساً قضية لكلمة من، وفي الاستحسان يبقى الأخير، وقيل هو قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، كما ذكرنا في مسألة الجامع، وإذا عمل تخريج الكل صحيحاً، كانت الغلة للفقراء؛ لأن قوله: صدقة موقوفة، يقتضي أن تكون للفقراء، ولو قال: حرمتهم سنة، تكون تلك السنة للفقراء، ثم بعدها تكون لهم.

١٠٩٨٢ - ولو قال: حرمت فلاناً [أو فلاناً] فالبيان إليه، وإذا مات لا يكون البيان إلى الورثة، قال هلال: ولا يشبه هذه الوصية، يريد إذا أوصى بثلث ماله لفلان، أو فلان، ومات الموصي، كان البيان للورثة.

١٠٩٨٣ - قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: مسألة الوصية على الخلاف، روي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الوصية باطلة؛ لأن الموصى له مجهول، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الوصية باطلة؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، وبهذا الطريق قلنا: إن من أعتق أحد عبديه، ومات قبل البيان، شاع العتق فيهما، وعند محمد رحمه الله تعالى الوصية صحيحة، والبيان للورثة، وفرق محمد بين الوصية وبين الوقف، والفرق: أن الوقف يزول عن ملك الواقف بنفس الإيقاف، فحين مات لم يكن الوقف على ملكه ليخلفه وارثه في الملك، ثم يثبت له البيان بناء عليه.

١٠٩٨٤ - وإذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى أبداً على زيد وعمرو ما عاشا، ومن بعدهما على المساكين، على أن يبدأ بزيد، فيعطى من غلته في كل سنة ألف درهم، ويعطى عمرو قوته لسنة، فهو جائز على ما قال، فإن فضل بعد ذلك من الغلة شيء، كان بينهما، وإن لم يكن غلته سنة إلا ألف درهم، يعطى ذلك زيداً، وكذلك إذا كان أقل من ألف، فذلك كله لزيد، فإن مات زيد، ثم جاءت غلة سنة يعطى عمرو قوته لسنة، فإن كانت الغلة ثلاثة آلاف درهم، وقوت عمرو لسنة ألف درهم، دفع إليه ألف درهم، ويكون له تمام نصف الغلة، وذلك خمسمائة، ويكون ألف درهم وخمسمائة للمساكين، فإن لم يمت زيد ومات عمرو، أعطي زيد ألف درهم الذي سمى له، وتمام نصف الغلة، ويكون الباقي للمساكين.

١٠٩٨٥ - ولو قال: أرضي هذه صدقة [موقوفة] على زيد وعمرو وخالد، يبدأ بزيد، فيكون غلة هذه الصدقة له أبداً ما عاش، ثم لعمرو، ثم لخالد، فيكون له غلة هذه الصدقة أبداً ما عاش، ينفذ ذلك على ما ذكر من تقديم بعضهم، فإذا انقرضوا، كانت الغلة للفقراء - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

الفصل الخامس
في الإقرار بالوقف

١٠٩٨٦ - رجل في يده أرض، أقر في صحته أنها صدقة موقوفة، و[لم يزد][1] على ذلك، جاز إقراره، وهو وقف يجب أن يعلم بأن قوله: من الأرض في يده هذه الأرض وقف إقرار بالوقف، وليس بابتداء وقف، حتى لا يشترط شرائط الوقف، وقوله: أرضي هذه صدقة [موقوفة] ابتداء وقف حتى يراعى فيه شرائط الوقف، وهذا لأن قوله: أرضي هذه دعوى الأرض لنفسه، وأنه من تصرف الملاك، واليد عند تصرف الملاك دليل الملك، وإذا ثبت الملك له، كان قوله: صدقة موقوفة، ابتداء وقف، ولا كذلك هذه الأرض صدقة موقوفة، ألا ترى أن من قال لعبد في يديه: عبدي هذا حر، كان ابتداء إعتاق، ولو قال: هذا العبد حر، كان [إقرارا] بالعتق، كذا هنا.

قال هلال البصري في وقفه: ولا أجعل المقر هو الواقف لها ولا غيره، وهكذا ذكر الخصاف في وقفه؛ لأن قوله: هذه الأرض صدقة موقوفة ليس فيه تعرض لأصل الوقف، أما لا تعرض للواقف، وكما يجوز أن يكون هو الواقف، يجوز أن يكون الواقف غيره، فحكمنا بأصل الوقف؛ لأنه لا احتمال فيه، ولم نحكم بكونه واقفا [أو لا يكون غيره واقفا][2] لمكان الاحتمال، قال هلال: إلا أن يشهد الشهود أن هذه الأرض كانت لهذا المقر حين أقر فيجعل المقر هو الواقف، وهو كرجل في يديه عبد، أقر أنه حر، وشهد الشهود أن العبد كان له حين أقر بهذا الإقرار، جعلت الولاء له، فإن لم يشهدوا بذلك جعلنا العبد حرا بإقراره، ولم نحكم له في الولاء بشيء.

١٠٩٨٧ - وذكر الأنصاري في وقفه: إذا قال: هذه الأرض التي في يدي صدقة موقوفة، يجعل كأنه هو الذي وقفها، ألا يرى أنه لو قال لعبد في يده: إنه حر، كان ولاؤه للمقر، وجنايته على عاقلته.

١٠٩٨٨ - قال الشيخ الإمام أبو العباس رحمه الله تعالى: فعلى قياس هذا: إذا شهد

(١) كذا في "ظ"، وكان في الأصل: "ولم يرد على ذلك".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبته من "ظ" و"ب".

الشهود أن الأرض التي في يديه هي وقف على الفقراء، ولم يذكروا من وقفها، ينبغي أنها وقف من الذي هي في يديه، وأنه هو الواقف.

قال بعض مشايخنا: قول هلال: إلا أن يشهد الشهود أن هذه الأرض كانت لهذا المقر حين أقر، فيجعل المقر هو الواقف مشكل، وهذا لأن الشهادة لا تقبل إلا بعد خصومة صحيحة، وعلى من يصح الخصومة هنا حتى يشهد الشهود أنها كانت في ملكه يوم الإقرار؟ والجواب: يحتمل أن الخصومة وقعت بعد وفاته، بأن كانت قرابته فقراء، فيقيمون البينة حتى يثبت أنه هو الواقف، فيكون صرف الغلة إليهم أولى، أو يحتمل أن في حال حياته يغلب عليها غيره، ويزعم أنه هو الواقف، فيحتاج المقر أن يقيم البينة أنه هو الواقف حتى ينزعها من يده.

والولاية له استحسانًا حتى يقسم الغلة بين الفقراء، ولكن ليس له أن يوصي إلى غيره، وهذا لأن يد المقر على الأرض حجة ظاهرة إن كان هو الواقف كان يده محققة، وإن كان الواقف غيره، فكذلك، لأنا نجعل كأن ذلك الغير ولاه أمرها، فإن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد، وإذا كانت يده محقة من حيث الظاهر، لا يجوز إبطالها عليه إلا بحجة.

١٠٩٨٩ - رجل في يده أرض، أقر أنها صدقة [موقوفة] من قبل فلان، فهذا على وجهين: إما أن يكون الإضافة إلى غيره بحرف من أو بحرف عن، وإما أن يضيفه إلى والده، أو إلى رجل أجنبي، وإذا أضافه إلى أجنبي، إما أن يسمي ذلك الرجل بعينه، أو لم يسمه بعينه، فأما إذا أضافه إلى والده، فإن أضافه إليه بحرفين، بأن قال: هذه الأرض صدقة موقوفة من والدي، كان هذا إقرارًا بالملك لأبيه؛ لأن كلمة من تستعمل في القرب غالبًا، يقال: أدن مني، فيفيد قرب الأرض الموقوفة إلى الله تعالى، وتقريب عين من الأعيان إلى إنسان يكون بالملك حقيقة؛ لأنه هو القرب الكامل، فهو معنى قولنا: أقر بالملك لأبيه، وأقر بالوقف عليه.

فينظر إن كان على الأب دين، أو أوصى بوصية، وليس له مال آخر، فإنه يباع من الأرض قدر الدين والوصية، فيقضي [الدين] وتنفذ الوصية من الثلث؛ لأن إقرار الوارث في حق الغريم أو الموصى له غير معتبر، ثم في الباقي ينظر هل للميت وارث سواه، أو لم يكن؟ فإن لم يكن نفذ إقراره، وإن⁽¹⁾ كان الباقي من الأرض وقفًا على الفقراء؛ لأنه أقر على نفسه بحق الفقراء ظاهرًا؛ لأن الملك له في الظاهر. ثم ينظر إن لم يدع الولاية لنفسه، فلا ولاية له، وللقاضي أن يولي أمره من يشاء، وإن ادعى الولاية قبل قوله استحسانًا، حملا لأمره على الصلاح. وأما إذا كان معه وارث آخر، فإن أقر الآخر بجميع ما أقر به هذا الوارث، كان الجواب كما قلنا،

---

(١) كذا في الأصل، وفي ظا: وكان الباقي بدون حرف "إن".

وإن أنكر الوقف، كان نصيب المنكر ملكًا له، يتصرف فيه ما شاء، ونصيب المقر وقفًا.

١٠٩٩٠ - وأما إذا قال: هذه الأرض صدقة موقوفة عن والدي، فإنه لا يكون هذا إقرارًا بالملك في الأرض لوالده، [ولا بأنه] هو الواقف؛ لأن كلمة عن استعمل للسبب، ويكون معناه وقف هذه الأرض بسبب والدي، وثوابه لوالدي، كما يقال: فلان تصدق عن والده كذا، وفلان أعتق عن والده بكذا، وإذا لم يكن هذا إقرار بالملك لوالده لا يقبل في منازعة وارث آخر إن كان ذلك، ولكن يصح إقراره أن الأرض وقف على الفقراء؛ لأنه أقر بما في يده أنه حق الفقراء، ولا يجعل الواقف هو ولا غيره على ما هو، وكانت الولاية له استحسانًا لما ذكرنا قبل هذا.

١٠٩٩١ - وأما إذا أضاف الوقف إلى رجل أجنبي، فإن ذكر رجلًا معروفًا سماه بعينه، وكانت الإضافة بحرف من، وكان ذلك الرجل في الأحياء، وكان حاضرًا، يرجع إليه في التصديق والتكذيب؛ لأنه أقر بالملك له، وشهد عليه بالوقف، فإن صدقه في جميع ذلك يثبت جميع ذلك بتصادقهما [وإن صدقه في الملك، وكذبه في الوقف، يثبت الملك بتصادقهما](١)، ولم تثبت الوقفية لكون الشاهد واحدًا، وإن كان ميتًا، فالأمر إلى ورثته في التصديق والتكذيب على ما ذكرنا، فإن صدقه البعض في جميع ذلك، وكذبه البعض في الوقفية، فنصيب المصدق وقف، ونصيب الجاحد ملك له، يتصرف فيها ما شاء، وأما الولاية ففي حال تصديق الورثة الولاية له استحسانًا، فإذا صدقه البعض في الوقفية، وكذبه البعض، فلا ولاية له قياسًا، قال هلال: وبالقياس نأخذ في هذه الصورة، وكذلك إن صدقوه في الوقف، وكذبه البعض في الولاية، فلا ولاية له قياسًا، قال هلال: آخذ فيه بالقياس؛ لأن حال تصديقهم إنما أثبتنا له الولاية لانعدام التنازع، وقد وجد التنازع هنا، فلا ولاية له، لهذا قال: إلا أن يشهد شاهدان بالولاية على الجاحدين، وشهادة الوارثين في ذلك مقبولة؛ لأنه لا تهمة في شهادتهما؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما منفعة، ولا يدفعان عن أنفسهما غرامة.

١٠٩٩٢ - وإن كانت الإضافة بحرف عن، فهذا ليس بإقرار بالملك لفلان على نحو ما بينا، وأما إذا كانت الإضافة إلى أجنبي لم يسمه، بأن قال: هذه الأرض صدقة موقوفة من فلان أو عن فلان، صار وقفًا؛ لأنه أقر بما في يده للفقراء، فيصح، كما لو لم يضفه إلى أحد، فإن سمى بعد ذلك رجلًا، لم يصدقه إذا كان مفصولًا، وكانت الإضافة بحرف «من»؛ لأنه لو

(١) أثبت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا.

صدقة[1] أدى إلى إبطال حق المقر له بعد ثبوته؛ لأن ذلك الرجل ينكر الوقف، ويعتبر إنكاره؛ لأنه المقر بالوقف من أقر له بالملك في هذه الصورة، والولاية له بعد الإقرار الثاني، بل إذا كانت الإضافة بحرف من؛ لأن الإقرار الثاني قال لم يعتبر رجعي كالمذكور... فلا يعتبر ما كان قبله

١٠٩٩٣ - ولو أقرّ بالوقف، وسكت عن ذكر الموقوف عليه، ثم ذكر بعد ذلك [أن] الموقوف عليه فلان وفلان، فالقياس أن لا يقبل قول الثاني؛ لأن بالكلام الأول صارت الغلة [حقاً] للفقراء فلا يصدق في صرفها إلى غيرهم، وفي الاستحسان: يقبل؛ لأن العادة جرت بذكر الأوقاف دون الموقوف عليه إلا عند الاستفسار عن الموقوف عليه

١٠٩٩٤ - ولو أقر أنها صدقة موقوفة على وجه سماه، ثم بين بعد ذلك وجهاً آخر، لا يقبل قوله الثاني قياساً واستحساناً، ويكون على ما بين أولاً؛ لأن في الوجه الأول الحاجة إلى البيان ثابتة، فيقبل قوله في البيان، وفي الوجه الثاني لا حاجة إلى البيان، فلا يقبل، وهذا أصل كبير في كتاب الإقرار أن البيان إنما يعتبر عند مساس الحاجة إليه.

١٠٩٩٥ - أرض في يدي رجل، قال صاحب اليد: هذه الأرض ولاّنيها[2] القاضي فلان، وهي صدقة موقوفة، لم يصح إقراره؛ لأنه لما قال: ولاّنيها القاضي فلان، فقد أقر باليد، وبحق التصرف لذلك القاضي، ثم ادعى الانتقال إليه، فلا يثبت ذلك إلا بحجة، ولكن إن كان الوقف العتيق معلوم القاضي في ذلك زماناً، فإن جميع أمرهم، ولا يجوز إقراره، وألزمه قسمة الغلة على نحو ما أقر، قال هلال: أستحسن ذلك حتى لا يؤدي إلى إبطال الوقف العتيق.

١٠٩٩٦ - ولو قال: هذه الأرض ولاّنيها القاضي والدي، ثم عزلني والدي، وأوصى إليّ، وهي صدقة موقوفة على كذا وكذا، لا يقبل قوله.

وكذلك لو قال: هذه الأرض كانت في يدي والدي، أو قال: كانت في يد فلان، فأوصى بها إليّ، فهي صدقة موقوفة، لا يقبل قوله، وكذلك لو قال: كانت في يدي فلان، وقف أوصى إليّ، وكان في يد فلان آخر قبل ذلك، وقد أوصى [بها] فلان إلى فلان الذي أوصى بها إليّ، لا يقبل قوله، يؤمر بالتسليم إلى وارث فلان الذي أقر بها كانت في يده، وأوصى إلى الذي أوصى هذا إليّ؛ لأنه أقر باليد له، ثم شهد بزوال اليد.

١٠٩٩٧ - قال الخصاف في وقفه: لو أن رجلاً قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على

---

(١) في الأصل: وفي ظ: لأنه لو صدق

(٢) هكذا في نسخ التي كتبها في آخرها، وكان في الأصل وفي ب: مكان ولانيها

زيد بن عبد الله وولده، وولد ولده، ونسله، وعقبه أبداً ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، فقال زيد: إن الواقف جعل هذا الوقف عليّ وعلى ولدي وولد ولدي، وعلى عمرو، فإنه يصدق على نفسه، ولا يصدق على عمرو، فينظر إلى الغلة عند قسمتها، فيقسم على زيد وعلى من كان موجوداً من ولده وولد ولده، ونسله، فما أصاب زيداً منها دخل عمرو معه في ذلك، فيكون حصة زيد بين زيد وعمرو أبداً ما كان زيد في الأحياء، فإذا مات زيد، بطل إقراره، ولم يكن لعمرو حق في هذه الصدقة.

وكذلك لو كان الواقف وقفها على زيد ومن بعده على المساكين، فأقر زيد لعمرو على نحو ما بينا، كان لعمرو أن يشارك زيداً في غلة الوقف ما دام زيد في الأحياء، فإذا مات كانت الغلة كلها للمساكين.

وكذلك لو أن زيداً أقر أن الواقف وقف هذه الأرض كلها على عمرو وحده، فهو على ما أقر، فإذا مات كانت الغلة كلها للمساكين.

وفيه أيضاً: رجل في يديه أرض، أو دار، ادعاها رجل عند القاضي أنها له، والذي في يديه يقول: هذه الأرض وقف وقفها رجل من المسلمين على المساكين، ودفعها إلي، فإن القاضي يجعل الأرض وقفاً على ما أقر به، ولكن لا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بذلك حتى إن المدعي لو قال للقاضي: حلّفه ما هذه الأرض لي، فإن القاضي يحلفه، فإن نكل عن اليمين، أو أقر بها لهذا الرجل، فالقاضي يضمنه قيمة الأرض، ولا يبطل ما قضى به من الوقف.

١٠٩٩٨ - فإن كان الذي في يديه الدار قال: هذه الدار وقف وقفها رجل حر من المسلمين على فلان، وفلان، وعلى أولادهم ونسلهم أبداً ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، وقال هؤلاء الذين أقر القيم أنها وقف عليهم: إن هذه الدار لهذا المدعي، وإنه لم تكن لمدعي، وقفها علينا، قبل قولهم على أنفسهم في غلة الدار، فيكون غلتها للمدعي إن لم يكن لهم أولاد، أو أولاد الأولاد، فإن مات هؤلاء المسمون، كانت الغلة للمساكين. فلو أن الذي في يديه الدار بعد ما أقر أنها وقف على فلان، وفلان، وأولادهم، ومن بعدهم على المساكين، أقر أن الدار للمدعي، ثم إن هؤلاء المسمون حضروا، وكذبوا صاحب اليد في إقراره بالدار للمدعي، وقالوا: هذه الدار وقف علينا، فهم الخصماء للمدعي فيما يدعي، فإن أقام [المدعي] بينة على ملكه الدار، قضي بالدار له، وبطل إقرار الذي كانت الدار في يده أنها وقف، وإن لم يكن له بينة على ما ادعى كان له أن يستحلف هؤلاء المسمين على دعواه، فإن

أقروا بالدار للمدعي ، فنكلوا عن اليمين ، كان إقرارهم جائزًا على أنفسهم دون أولادهم وأولاد أولادهم والمساكين ، وكذلك لا يجوز إقرارهم على الرقبة .

١٠٩٩٩ - في "فتاوى الفضلي" : سئل عمن أقر بوقف صحيح ، وأنه أخرجه من يده ، وورثته يعلم أنه لم يكن أخرجه من يده ، قال : إقراره على نفسه جائز ، والوقف صحيح .

ورجل في يديه دار أقر الذي في يديه الدار أن هذه الدار وقف وقفها رجل من المسلمين في أبواب البر وعلى المساكين ، ودفعها إليه ، وولاه القيام بها ، ثم جاء رجل ، وقدم صاحب اليد إلى القاضي ، وقال : أنا وقفت هذا الوقف على هذه الوجوه ، والسبيل ، ودفعته إلى هذا ، ووليته القيام بأمرها ، وأراد أن يقبضها من يد الذي في يديه ، ينظر إن كان الذي في يديه صدقه أنه هو الذي وقفها ، فله أن يقبضها منه ، وإن كان هذا الرجل الذي جاء قال : أنا مالك هذه الأرض ، وما وقفتها ، وإنما دفعتها إليه وديعة ، وصاحب اليد[1] يقول : إنها كانت له ، إلا أنه وقفها على هذه الوجوه التي ذكرتها ، فإن القاضي لا يقبل قول صاحب اليد : إن هذه الدار وهذه الأرض لهذا المدعي ؛ لأنه لو قبل قوله صار ملكًا لهذا الرجل ، فيبطل الوقف فيها .

١١٠٠٠ - ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "واقعاته" : أن من مات ، وترك ابنين ، وفي يد أحدهما ضيعة يدعي أنه وقف عليه من أبيه ، والابن الآخر يقول : هي وقف علينا ، كان القول قوله ، وهي وقف عليهما ، هو المختار ؛ لأنهما تصادقا على أنها كانت في يد أبيهما ، فلا ينفرد أحدهما باستحقاقها إلا بحجة - والله أعلم - .

---

(١) وفي ظ : صاحب الدار مكان صاحب اليد .

الفصل السادس
في الولاية في الوقف

١١٠٠١ - ذكر هلال رحمه الله تعالى: إذا وقف الرجل أرضه، ولم يشترط الولاية لنفسه [ولا لغيره]، فإن الوقف جائز، والولاية للواقف، وهكذا ذكر الخصاف في وقفه. قال هلال: وقد قال قوم: إن الواقف لو شرط الولاية لنفسه(١) كانت الولاية له، وإن لم يشترط، [فلا ولاية] له، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: الأشبه أن يكون هذا قول محمد؛ لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط صحة الوقف، فإذا سلم لا يبقى له ولاية، وجه هذا القول: إن ولايته كانت بحكم الملك، وبالوقف أزال ملكه فيزول ولايته. وجه ما ذكر هلال: أن الواقف أقرب الناس إلى هذا الوقف، فيكون أولى بولايته؛ ألا ترى أن المعتق أولى الناس بالمعتق؛ لأنه أقرب إليه.

١١٠٠٢ - في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا وقف أرضًا، وسلمها إلى المتولي، ثم أراد أن يأخذ منه، فإن كان شرط في الوقف أن له العزل والإخراج من يد المتولي، فله ذلك، وإن لم يكن شرط [ذلك] فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى له ذلك، وعلى قول محمد ليس له ذلك [بناءً] على ما قلنا.

١١٠٠٣ - وإذا كان الوقف على الفقراء، وشرط الواقف الولاية لنفسه، وكان هو متهمًا غير مأمون على الوقف، فللقاضي أن ينزعها من يده؛ لأن القاضي نصب ناظرًا لكل من عجز عن النظر لنفسه بنفسه، والواقف زال ملكه، وثبت الحق فيه للفقراء، فمتى كان متهمًا كان للقاضي أن يخرجه نظرًا للفقراء، كما له أن يخرج الوصي نظرًا للصغار.

وكذلك لو ترك العمارة وفي يده من غلته ما يمكنه أن يعمره، فالقاضي يجبره على العمارة، فإن فعل، وإلا أخرجه من يده.

١١٠٠٤ - ولو شرط الواقف ولايتها لنفسه، وأن ليس للسلطان، ولا لقاض أن يخرجها من يده، ويوليها غيره، فهذا الشرط باطل؛ لأنه مخالف لحكم الشرع؛ لأن الشرع أطلق للقاضي إخراج من كان متهمًا دفعًا للضرر عن الفقراء.

١١٠٠٥ - ولو جعل الواقف ولاية الوقف لرجل كانت الولاية له، كما شرط الواقف،

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ب.

ولو أراد الواقف إخراجه كان له ذلك، ولو شرط الواقف أن ليس له إخراج القيم، فهذا الشرط باطل؛ لأنه مخالف لحكم الشرع؛ لأن القوامة وكالة، والوكالة ليست بلازمة.

ولو جعل إليه الولاية في حال حياته وبعد وفاته، كان جائزاً، ويكون وكيلاً في حالة الحياة، ووصياً بعد الموت.

١١٠٠٦- ولو قال: وليتك هذا الوقف، فإنما له الولاية حال حياته، لا بعد وفاته، ولو قال: وكلتك بصدقتي هذه في حياتي، وبعد وفاتي، فهو جائز، وهو وكيله في حياته ووصيه بعد وفاته.

١١٠٠٧- ولو لم يشترط الواقف الولاية لأحد حتى حضره الموت، فقال لزيد: أنت وصيي، ولم يزد على هذا، فهو وصيه في ماله وولده، وفيما كان في يده من الوقف؛ لأنه أطلق الوصاية، ولم يخص.

١١٠٠٨- ولو أوصى [إليه في الوقف] قال محمد: هو وصي في الوقف خاصة على قولنا وقول أبي يوسف، وعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: هو وصي في الأشياء كلها، هكذا ذكر هلال، والمشهور أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى هو وصي في الأشياء كلها، وعلى قول محمد هو وصي فيما خص له، وما ذكر هلال فذلك جواب النوادر، وهو مذكور في "مختصر الكرخي"، فأما في ظاهر الرواية فقول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

١١٠٠٩- وجه قول محمد: إن الوصي يتصرف بحكم التفويض فإنما يتصرف بقدر ما فوض إليه، ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: أن تصرف الوصي ليس بحكم التفويض ألا ترى أنه لو أوصى إليه، ولم يبين مقصوده صح، ولو كان تصرفه بحكم التفويض[(١)] لشرط بيان مقصوده، كما في التوكيل، ولكن الوصي به خلافه، وإقامة الوصي مقام الوصي، والخلف يعمل على العموم كالجد لما كان خلفاً عن الأب قائماً مقامه عمل عمله على العموم.

١١٠١٠- وعلى هذا لو أوصى إلى رجل في الوقف، وأوصى إلى آخر في ولده، أو أوصى إلى رجل في وقف بعينه، وأوصى إلى آخر في وقف آخر بعينه، كانا وصيين فيهما جميعاً، وسيأتي جنس هذه المسائل في كتاب الوصايا.

١١٠١١- ولو وقف أرضه وجعل ولايتها إلى رجل حال حياته، وبعد وفاته، فنصب

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا جميعاً.

حضر الموت أوصى إلى رجل، ذكر هلال عن محمد رحمه الله تعالى أن الوصي يشارك القيم في أمر الوقف، كأنه جعل ولاية الوقف إليهما، فالأصل عند محمد رحمه الله تعالى، وهو قول هلال، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف: أن الخاص لايشارك العام فيما وراء ما خص به، والعام يشارك الخاص فيما يخصه، وهو مقدر فيما وراءه، وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وأظهر الروايات عن أبي يوسف رحمه الله تعالى[1] الوصاية لا تقبل التخصيص، فالعام والخاص [فيه] سواء.

١١٠١٢- ولو جعل ولاية الوقف بعد وفاته إلى رجلين، فقبل أحدهما ذلك، ولم يقبل الآخر، ينبغي للقاضي أن يجعل مع الذي قبل رجلا يقوم مقام الذي لم يقبل، فإن كان الذي قبل موضعاً لذلك عند القاضي، وفوض[2] ذلك القاضي إليه، فهو جائز.

ولو قال الواقف: ولاية هذا الوقف إلى الأفضل فالأفضل من ولدي، وأبى الأفضل القبول، فالقياس أن يقيم القاضي غير الأفضل مقام الأفضل ما دام الأفضل حيا، فإذا مات الأفضل صرف الولاية إلى من يليه في الفضل، وفي الاستحسان: الولاية لمن يليه في الفضل؛ لأن إباء الأفضل بمنزلة موته. ولو ولى القاضي أفضلهم، ثم صار في ولده من هو أفضل منه، فالولاية إليه اعتباراً لشرط الواقف. والأفضل هو الأورع والأصلح والأهدى في أمور الوقف، وإذا استوى الاثنان في الصلاح، فالأعلم بأمر الوقف أولى، ولو كان أحدهما أكثر ورعاً وصلاحاً، والآخر أعلم بأمر الوقف، فالأعلم أولى بعد أن يكون بحال يؤمن خيانته.

١١٠١٣- ولو جعل الولاية إلى عبد الله حتى يقدم زيد، فهو كما قال، فإذا قدم زيد، فكلاهما واليان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه لم يحجر على عبد الله بعد قدوم زيد، وعلى قول هلال تحولت الولاية إلى زيد، ولا يبقى عبد الله والياً.

١١٠١٤- وإذا جعل الولاية لرجل، ومات ذلك الرجل حال حياة الواقف، فالأمر في نصب القيم إلى الواقف، يقيم من أحب؛ لأن العين في الصدقة الموقوفة، وإن زال عن ملكه حقيقة، فهو باق على ملكه حكماً، ألا ترى أنه جعل متصدقاً شرعاً بكل ما يحدث من الغلة كأنها حدثت على ملكه، وتصدق به، ولهذا سمى الشرع الصدقة الموقوفة جارية إلى يوم القيامة، وإنما تكون جارية على ملكه وجعل هو متصدقاً بها صدقة جديدة، فدل أنها مبقاة على ملكه حكماً، فيعتبر بما لو كانت مبقاة على ملكه حقيقة، وهناك التدبير في التصرف وفي

---

(١) وفي "ف": عن أبي حنيفة.

(٢) وفي "ف" و "م": ووضع مكان وفوض.

الفصل السابع
في تصرف القيم في الأوقاف

وهو أنواع:

نوع منه يرجع إلى عمارة الوقف:

١١٠١٧ - رجل وقف أرضاً له على المساكين وقفاً صحيحاً، ولم يذكر عمارتها، فإن عمارتها في غلة هذه الأرض، يبدأ القيم أولاً من الغلة بعمارتها، وما يصلحها، وما فضل من ذلك يقسم على الفقراء، وهذا لأن العمارة وإن لم تكن مشروطة في الوقف نصاً، فهي مشروطة اقتضاء؛ لأن مقصود الواقف إدرار الغلة مؤبداً على المساكين، وهذا المقصود إنما يحصل بإصلاحها وعمارتها. فهو معنى قولنا: إن العمارة مشروطة اقتضاء، والثابت اقتضاء ثابت بطريق الضرورة، والضرورة تندفع بشرط العمارة من غلة هذه الأرض، فلهذا كانت العمارة من غلة هذه الأرض.

فإن كان في أرض الوقف نخل، فخاف القيم هلاكها، كان له أن يشتري من غلتها فصيلاً فيغرسه؛ لأن النخل يفسد على امتداد الزمان، فيهلك فينقطع ثمرها، فكان إبقاؤها بالغرس مكانها حتى تبقى خلفاً عن سلف، وهو نظير الدار الموقوفة يرم ما استرم منه بإدخال خشبة ولبن ونحوها، حتى لا يخرب. فإن كانت قطعة من هذه الأرض سبخة، لا تنبت شيئاً، فيحتاج إلى كسح وجهها، وإصلاحها حتى تنبت، كان للقيم أن يبدأ من غلة جملة الأرض مؤنة إصلاح تلك القطعة؛ لأنه إذا صلحت كثرت الغلة، فكان أنفع للفقراء.

١١٠١٨ - وإذا أراد القيم أن يبني فيها قرية ليكثر أهلها، وحفاظها، ويحرز فيها الغلة لحاجته إلى ذلك، كان له أن يفعل ذلك؛ لأن هذا من جملة مصالح الوقف، وكان هذا كخان الموقوف على الفقراء إذا احتيج فيه إلى خادم يكسح الخان، ويفتح الباب، ويسده، فسلم المتولي إلى رجل بعض البيوت بطريق الأجرة ليقوم بذلك، فهو جائز، وطريقه ما قلنا، كذا ههنا.

١١٠١٩ - وإن أراد أن يبني في الوقف بيوتاً يستغلها بالإجارة، فهذه المسألة في الحاصل على وجهين: إن كانت أرض الوقف متصلة ببيوت المصر، يرغب في استئجار بيوتها، وتكون غلة ذلك فوق غلة الأرض والنخيل، كان له ذلك. فإن كانت أرض الوقف بعيدة عن المصر، ولا يرغب في استئجار بيوتها بأجرة تزيد منفعتها على منفعة الزراعة، فليس له ذلك، والوجه في

ذلك لأن الواقف ما عين جهة الاستغلال نصاً، لكن عين الاستغلال بالزراعة بحكم الظاهر، فإن المقصود من الأرض البيضاء ظاهر الاستغلال بالزراعة، فيجب العمل بهذا الظاهر ما لم يوجد جهة أخرى هي أنفع في حق الفقراء؛ لأنا نعلم قطعاً أن غرض الواقف من الوقف إنفاع الفقراء، ففي الوجه الأول وجدنا جهة أخرى هي أنفع في حق الفقراء من الزراعة، فتركنا هذا الظاهر تحصيلاً لغرض الواقف بأبلغ الوجوه، وقد روي عن محمد رحمه الله تعالى ما هو أبعد من هذا فإنه قال: إذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال، والقيّم يجد بثمنها أرضاً أخرى هي أكثر ريعاً، كان له أن يبيع هذه الأرض ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعاً.

فأما في الوجه الثاني لم نجد جهة أخرى هي أنفع في حق الفقراء من الزراعة، فعمل بالظاهر، فلم يكن القيم في هذه الصورة مأذوناً بالبناء والاستغلال بالأجرة، فلا يكون له أن يفعل ذلك.

١١٠٣٠ - وإذا قال: داري هذه صدقة موقوفة على الفقراء على أن يسكنها فلان ما عاش، فإذا مات فلان فسكناها لفلان آخر ما عاش، فإذا مات فلان فهي للفقراء، فهذا وقف صحيح، وإذا صح الوقف، واحتيج إلى العمارة، فالعمارة إلى من يستحق الغلة، كما في الباب الأول، إلا أن في الباب الأول المستحق لغلة الفقراء، وهم قوم كثير لا يمكن مطالبتهم بالعمارة، فقلنا: بأن القيم يبدأ من الغلة بالعمارة، وههنا المستحق لغلة شخص معين يمكن مطالبته بالعمارة: وهو الأول ما عاش، وبعده الثاني ما عاش الثاني، فلا يحبس شيء من الغلة لأجل العمارة، بل تصرف كل الغلة إلى الأول، ويطالب بالعمارة، وله أن يعمرها من أي مال شاء، وإنه يستحق العمارة بقدر ما يبقى [الوقف] على الصفة التي وقفه المالك، ولا يطالب بالزيادة إلا أن يرضى فلان بالزيادة؛ فحينئذ يكون متبرعاً بالزيادة، وله ذلك.

١١٠٣١ - ولو كانت الغلة مصروفة إلى الفقراء، وكان في زيادة العمارة زيادة في الغلة، ورأى القيّم أن يزيد في [العمارة][1] ليزيد الغلة، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: له ذلك، وقاسه بمسألة مرت قبل هذا أن أراضي الوقف على الفقراء إذا كانت متصلة ببيوت المصر، فأراد القيم أن يبني فيها بيوتاً، فيستغلها [بأجر] فله ذلك، وفيه صرف الغلة إلى زيادة العمارة من غير ضرورة.

ومنهم من قال: ليس له ذلك؛ لأن صرف الغلة إلى العمارة يثبت ضرورة إبقاء الوقف، ولا ضرورة في الزيادة، فوجب صرف الغلة إلى مصرفها، وهو الفقراء، وهذا لأن المستحق

(١) هكذا في ب، و ط، وكان في أ: في العمارة.

على القيم العمارة بقدر ما يبقى الأرض الموقوفة أو الدار على الصفة التي وقفها [المالك]، ولا ينتقص؛ لأنه بصفتها صارت غلتها مستحقة الصرف إلى الفقراء، فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة غلته، والغلة مستحقة للفقراء، فلا يجوز صرف غلة مستحقة إلى جهة غير مستحقة.

والمذكور عنه أن المولى لو أراد أن يشتري بالغلة دارًا أخرى، أو أرضًا أخرى ليقسمها إلى الأولى، فيستغلها للفقراء، ليس له ذلك. فأما بناء البيوت للغلة في أرض الوقف، فليس ذلك من باب الزيادة، إنما ذلك تبديل جهة الاستغلال إلى جهة خير من الأولى؛ فالمستغل واحد، والجهتان فيها مختلفتان، فكان ذلك بمنزلة أصل العمارة، لا بمنزلة الزيادة، ولكن الإشكال قائم، فإنه لا ضرورة في صرف الغلة إلى تبديل جهة الاستغلال، كما لا ضرورة في الزيادة ههنا.

١١٠٦٢ - وإذا احتاج الوقف إلى العمارة في مسألة: وفلان الذي شرط له الغلة ما عاش، أما الأول أو الثاني أبى العمارة، فلا يجبر[1] على العمارة؛ لأن في العمارة إتلاف ماله، ولكن يؤاجر هذا الوقف من غيره بقدر ما يبقى من غلتها في العمارة، فإذا حصلت العمارة، فحصلت العمارة في الغلة كما في باب الفقراء، وهذا الذي ذكرنا أن يؤاجر الدار المعمورة استحسانًا صيانة للوقف عن الخراب، والقياس أن لا يؤاجر ويترك كذلك؛ لأن الواقف ما شرط الإجارة. فإن كان المشروط له هذه الغلة جماعة، فرضي بعضهم بأن يرمه من ماله، وأبى البعض، قال: من أراد العمارة عمر بحصته، ومن أبى آجر حصته، وصرفت غلته إلى العمارة إلى أن تحصل العمارة، ثم يعاد إليه، ويعتبر كل بعض حكم نفسه.

١١٠٦٣ - فإن كان الواقف حين شرط الغلة لفلان ما عاش شرط على فلان مرمتها وإصلاحها فيما لا بد لها منه، فالوقف جائز مع هذا الشرط؛ لأن هذا الشرط بمقتضى مطلق العقد، وإنما أورد المسألة بهذا الشرط لنوع إشكال؛ أنه لما شرط له السكنى، وشرط عليه المرمة، كان بمنزلة الإجارة، والأجرة مجهولة، فينبغي أن يفسد. والجواب أن مع اشتراط المرمة عليه لا تصير مستحقة عليه [بالشرط] فصار وجود هذا الشرط والعدم بمنزلة، فإذا خربت الدار الموقوفة، ورممها الذي شرط له السكنى من ماله، ثم مات، فالبناء ميراث لورثته؛ لأنه ملكه، ويقال لورثته: ارفعوا بناءكم، فإن رفعوه، وإلا يجبروا، وإن ملكوه الوقوف عليه بعد ذلك بالقيمة جاز برضاهم؛ لأنه تمليك مال بمال بالتراضي، وإن أبى أحد الفريقين ذلك، لا يجبر

[1] هكذا في الأصل، وكذا في ... : فإنه لا يجبر.

عليه؛ لأن الإنسان لا يجبر على البيع والشراء.

ونظيره: من غصب ساجة، وبنى عليها، ثم مات. وهناك الجواب كما قلنا، فكذا في الوقف.

فإن كان المشروط له السكنى، أو حبيس الدار(١) الموقوفة وجصصها، أو أدخل فيها أجذاعاً، ثم مات، ولا يمكن نزع شيء من ذلك إلا بضرر بالبناء، فليس لورثته أخذ شيء من ذلك صيانة لبناء الدار الموقوفة، ولكن يقال للمشروط له السكنى بعده: أضمن لورثة الميت قيمة البناء ونك السكنى، فإن أبى أوجرت الدار، وصرفت الغلة إلى ورثة الميت بقدر قيمة البناء، فإذا توفر عليه ذلك أعيدت السكنى [إلى من] له السكنى.

واستشهد في الكتاب لإيضاح ما ذكر بمسألة، فقال: ألا ترى أن من عمّر دار رجل بغير إذنه، ولا يتخلص مرمته إلا بضرر بالدار، فإنه ليس للذي عمّر الدار أن يأخذ مرمته، ويقال لصاحب الدار: اضمن له قيمة مرمته، كذا ههنا، إلا أن فرق ما بين المسألتين أن في مسألتنا من له سكنى الدار إذا رضي أن يأخذ ورثة الميت بناءهم، لا يصح رضاهم، وفي تلك المسألة إذا رضي صاحب الدار أن يأخذ الباني عمارته، يصح رضاه، وفي تلك مرة نفذ من ملكه، والفرق بينهما أن صاحب الدار مالك رقبة الدار، فإذا رضي بلحوق الضرر بملكه عمل رضاه، وفي باب الوقف الموقوف عليهم الفقراء، وإنما صار الساكن أولى باستحقاق السكنى لهم من سكنى الفقراء، فيكون الضرر بنزع البناء عائداً إلى الفقراء، فلا يصح رضاه.

١١٠٢٤ - وإن كان ما زاد الأول مثل تجصيص أو تطيين سطوح أو ما أشبهه، ثم مات الأول، فليس لورثته أن يرجع بشيء من ذلك على الثاني؛ لأنها مستهلكة فيها، ألا ترى أن رجلاً لو اشترى داراً وجصصها، أو طين سطوحها، ثم استحقت الدار، لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بقيمة الجص أو الطين، وإنما يكون له الرجوع على البائع بقيمة ما يمكنه أن ينقضه، ويسلمه إليه.

١١٠٢٥ - ومن هذا الجنس ذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: حانوت موقوف على الفقراء، وله قيم، بنى رجل في هذا الحانوت بناء بغير إذن القيم، ليس له أن يرجع بذلك على القيم، وبعد ذلك ينظر إن كان أمكنه رفع ما بنى من غير أن يضر بالبناء القديم، فله رفعه [وإن لم يمكنه رفع ما بنى من غير أن يضر بالبناء القديم، فليس له رفعه](٢)، ولكن يتربص إلى

(١) وفي ظ: أو مرمة جعلها للدار.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم ف.

أن يتخلص ماله من تحت البناء، ثم يأخذها، ولو لم يرض هو بتمليك القيم البناء للوقف بالقيمة، وإن اصطلح مع الوصي على أن يجعل البناء للوقف بشيء يجوز، لكن ينظر إلى قيمته مبنيًا، وإلى قيمته منزوعًا، فأيهما كان أقل لا يجاوز ذلك.

١١٠٢٦ - قال: المشروط له السكنى لا يؤاجرها، كالموصى له بالسكنى؛ لأنه ملك المنفعة بغير بدل، وأما المشروط له الغلة، والموصى له بالغلة هل له أن يسكن؟ كان أبو بكر بن سعيد يقول: لا يسكن، وهكذا ذكر الخصاف في وقفه؛ لأن فيه ضررًا بالبيت، وربما يظهر عليه دين، فتنصرف هذه الغلة إلى قضائه، والسكنى يبطل ذلك، وكان أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى يقول: له أن يسكن.

١١٠٢٧ - قال: وما يسقط من البناء، فللقيم أن يبيعه؛ لأن الوقفية زالت عنه بانهدامه، وصار منقولًا، وهذا إذا لم يمكن إعادته إلى موضعه، وأما إذا أمكن أعيد إلى موضعه؛ لأنه من قبيل الوقف، فيعاد إليه ما أمكن، وإذا لم يمكن إعادته بيع، ويصرف الثمن إلى مرمة الوقف؛ لأن الثمن بدل ما سقط، وكذلك ما سقط من البناء من تراب، فللقيم بيعه، ويصرف ثمنه إلى المرمة. ولا يصرف شيء من ثمن ما سقط إلى الفقراء؛ لأنه بدل المنقوص، والمنقوص من جملة مرمة الوقف، ولا حق للفقراء في مرمته، وإنما الحق لهم في غلته. ولا يصرف شيء من ذلك إلى الفقراء، وإنما يصرف إلى المرمة، وما فضل من ذلك عن المرمة يمسكه القيم إلى وقت الحاجة إلى المرمة.

وإن كان المشروط له السكنى هم الفقراء، وإنما شرطت لهم غلة سنة، فليس عليه شيء من العمارة؛ لأن العمارة لا تجب إلا في السنين المستقبلة، فمنفعتها لا تصل إلى صاحب السنة، وكذلك إذا شرط له غلة سنين، فلا شيء عليه من العمارة، وأما المشروط له الغلة في ثلاث سنين يؤخذ بالعمارة؛ لأن منفعة العمارة تعود إليه.

قال: ويجوز أن يقال في المشروط [له] غلة سنين إذا حدث ضرر بين في الوقف، يؤمر بعمارة قلبه مقدار ما يبقى الدار الموقوفة إلى السنة الثانية، نحو تطيين الحائط الذي حدث في الخراب فيه، مما يمنع السقوط في السنة الثانية، ونحو سد شقاق السطوح والحيطان بقدر ما يمنع الخراب في السنة الثانية.

١١٠٢٨ - وإذا خرب أرض الوقف، وأراد القيم أن يبيع بعضها منها ليرم الباقي بثمن ما باع، ليس له ذلك؛ لأنا لو أطلقنا ذلك له أدى إلى أن يبطل الوقف كله، فإنه كلما خرب شيء منه باع بعض الباقي، وعمّر الباقي، فيؤدي إلى أن لا يبقى الوقف، وليس بيع بعض الوقف

تبيع حصته، وكذلك نخلة في أرض الوقف قد سقطت؛ لأن التربة أصل في الوقف، ولا يجوز نقض أحد الأصلين لأجل الأصل الآخر، فأما البناء والنخل فتبع بسبب الاتصال، فإذا سقط سقوطاً لا يمكن إعادته إليه، صار منقولاً، وزالت التبعية عن هيئته، فعاد إلى أصله، فإن باع القيم شيئاً من البناء لم يهدمه، أو نخلة حية لم تقطع، فالبيع باطل؛ لأنه ما دام متصلاً بالأصل فهو تبعية تامة، بحكم الاتصال.

١١٠٢٩ - وإن هدم المشتري البناء أو صرم النخل، يجب على القاضي أن يخرج القيم عن هذا الوقف؛ لأنه صار خائناً، ولا ينبغي للقاضي أن يأمن الخائن، بل سبيله أن يعزله، ثم القاضي إن شاء ضمن قيمة ذلك البائع، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهما متعدٍ في الاستهلاك ما استهلكه، فيضمن كل واحد منهما، فإن ضمن البائع نفذ بيعه، وإن ضمن المشتري بطل بيعه، وهذا عرف في كتاب الغصب.

نوع منه

يرجع إلى العقود:

١١٠٣٠ - وإذا أرض وقف على الفقراء، فالقيم يؤاجرها؛ لأن استغلال الوقف ولا بد للوقف منه، ويبدأ من غلتها بعمارتها، ثم ما فضل يصرف إلى الفقراء، وليس للقيم أن يسكن فيها أحداً بغير أجر؛ لأنه إتلاف منافع الوقف بغير عوض، وإن مات القيم بعدما آجر لا تبطل الإجارة.

١١٠٣١ - وإن كان الواقف هو الذي [آجر ثم[1] مات، ففيه قياس واستحسان، القياس أن تبطل الإجارة، وبه أخذ أبو بكر الإسكاف؛ لأن الواقف بمنزلة المالك، ليس لأحد حق معه، والمالك لو آجر ثم مات انتقضت الإجارة، وفي الاستحسان لا تنتقض الإجارة؛ لأنه آجر لغيره وهو الفقراء، فصار كالوكيل، والقيم إذا آجر ثم مات، وهذا لأن الإجارة إنما تنتقض بموت المالك؛ لأن الملك بالموت ينتقل إلى الوارث، فلو لم تبطل حصل استيفاء المنافع على ملك غير الآجر، وإنه لا يجوز، وهذا المعنى معدوم فيما نحن فيه، فلم تنتقض الإجارة بموت الوكيل، ولا تنتقض بموت الوكيل، وبهذا الطريق قلنا: الوصي إذا آجر دار اليتيم، ثم مات الوصي، لا تنتقض الإجارة، ولو مات الصبي تنتقض، ولم يذكر القياس والاستحسان في مسألة الوكيل، ولا في مسألة الصبي، وذكر القياس والاستحسان في الرجل

---

(١) أثبت من ظ.

الوقف عسى لأنه متى تصرف فيه تصرف الملاك على طول الزمان يشكل من يقبه الظن أنه متصرف في ملكه ، متى أنكر المستأجر الوقف ، وادعى الملك فهؤلاء الذين القوه يتصرف فيه يشهدون له بالملك .

١١٠٣٦ - وأما في الأرض فإن كانت الأرض تزرع في كل سنة مرة ، فكذلك ، وإن كانت تزرع في كل سنتين مرة أو في كل ثلاث سنين مرة ، فيزرع في كل سنة طائفة منها ، فينبغي أن يشترط في المدة ذلك القدر الذي يتمكن به المستأجر من زراعة الكل على العادة ؛ لأنه لو أجرها سنة واحدة هذه ، فالمستأجر يزرع كل الأرض ، فيؤدي إلى تخريب الأرض .

وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالى يجيز في الضياع ثلاث سنين ؛ لأن مصلحة الوقف في ذلك ؛ لأن المستأجر لا يرغب في أقل من ذلك ، وكان لا يجيز في غير الضياع أكثر من سنة واحدة ، وكان الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى يجيز ذلك في ثلاث سنين في الضياع والدار وغيرهما .

قال الصدر الشهيد في واقعاته : المختار أن يفتى في الضياع بالجواز في ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز ، وفي غير الضياع يفتى بعدم الجواز فيما زاد على السنة ، إلا إذا كانت المصلحة في الجواز ، وهذا أمر يختلف باختلاف المواضع ، واختلاف الزمان ، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يقول : لا ينبغي للمتولي أن يؤاجر أكثر من ثلاث سنين ، ولو فعل جازت الإجارة ، وصحت ، وعلى هذا القول لا يحتاج إلى الحيلة التي ذكرناها في الإجارة الطويلة .

١١٠٣٧ - رجل له دار فيها موضع مقدار بيت ، هو وقف لا يصل إلى الموقوف عليه شيء من غلته ، فأراد صاحب الدار أن يستأجر مدة طويلة ، فإن كان لهذا الموضع مسلك إلى الطريق الأعظم لا يجوز ؛ لأنه لو جاز يبطل الوقف ، وإن لم يكن لهذا الموضع مسلك إلى الطريق الأعظم يجوز .

١١٠٣٨ - إذا استأجر أرض وقف ثلاث سنين بأجرة معلومة هي أجر المثل حتى جازت الإجارة ، فرخصت أجرها ، لا تنفسخ الإجارة ، وإن ازداد أجر مثلها بعد مضي [بعض] المدة ؛ على رواية فتاوى سمرقند : لا يفسخ العقد ، وعلى رواية شرح الطحاوي يفسخ ، ويجدد العقد ، وإلى وقت الفسخ يجب المسمى لما مضى . وإذا كانت الأرض بحال لا يمكن فسخ الإجارة فيها ، بأن كان فيها زرع لم يستحصد بعد ، فإلى وقت زيادته يجب المسمى بقدره ، وبعد الزيادة إلى تمام السنة يجب أجر مثلها ، وزيادة الأجر تعتبر إذا ازدادت عند الكل ، هذه

الخصاف في مزارعة شرح الطحاوي.

١١٠٣٩- حانوت أصله وقف، وعمارته لآخر، أبى صاحب الوقف أن يستأجره بأجر مثله، فهذا على وجهين: إما إن كانت العمارة لو رفعت يستأجر بأكثر مما يستأجر هو، وفي هذا الوجه كلف صاحب البناء رفع العمارة، ويؤاجر الأصل من غيره؛ لأن النقصان عن أجر المثل من غير ضرورة لا يجوز، وأما إن كانت العمارة إذا رفعت لا يستأجر بأكثر مما يستأجر هو، وفي هذا الوجه لا يكلف رفع العمارة، ويترك في يده بذلك الأجر؛ لأن فيه ضرورة في فتاوى أبي الليث.

١١٠٤٠- في وقف الخصاف: الواقف إذا آجر الوقف إجارة طويلة، إن كان يخاف على رقبتها التلف بسبب هذه الإجارة، فللحاكم أن يبطلها، وكذلك إن آجرها من رجل يخاف على رقبتها من المستأجر ينبغي للحاكم أن يبطل الإجارة.

١١٠٤١- في فتاوى أهل سمرقند: خان أو رباط سبيل أراد أن يخرب، يؤاجر ويصرف[1] غلته، فإذا صار معمورا لا يؤاجر بعد ذلك؛ لأنه لو لم يوجد يندرس.

وفيه أيضًا: قيم على عمارة وقف استأجر أجيرًا بدرهم ودانق وآجر منه درهمًا فاستعمله في عمارة الوقف، ونقد الأجرة من مال الوقف، يضمن جميع ما نقده؛ لأن الإجارة وقعت له.

١١٠٤٢- متولي الوقف إذا أسكنه رجلا بغير أجر، ذكر هلال أنه لا شيء على الساكن، وعامة المتأخرين من المشايخ أن عليه أجر المثل، سواء كانت الدار معدة للاستغلال، أو لم تكن، صيانة للوقف عن أيدي الظلمة، وحسمًا للأطماع الفاسدة، وعليه الفتوى.

وكذلك قالوا فيمن سكن دار الوقف بغير أمر القيم، وبغير أمر الواقف، كان عليه أجر المثل بالغًا ما بلغ.

وكذلك قالوا في أهل الجماعة: إذا رهنوا الوقف حتى لم يصح لو سكنه المرتهن يجب أجر المثل، سواء كانت الدار معدة للاستغلال أو لم تكن.

وكذلك قالوا في متولي مسجد باع منزلا موقوفًا على المسجد، فسكنه المشتري، ثم عزل القاضي هذا المتولي، وولى غيره، فادعى هذا الثاني على المشتري المنزل أن البيع باطل، وأبطل القاضي البيع، وسلم المنزل إلى المتولي الثاني[2]، فعلى المشتري أجر مثل هذا المنزل،

(١) وفي ف وط وم: ينفق بدلا من يصرف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

سواء كانت الدار معدة للاستغلال، أو لم تكن.

١١٠٤٣ - وإذا آجر القيم الدار بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه، حتى لم تجز الإجارة لو سكنه المستأجر، كان عليه [أجر المثل](١) بالغاً ما بلغ على ما اختاره المتأخرون من المشايخ، وكذلك إذا آجره إجارة فاسدة.

١١٠٤٤ - إذا آجر القيم دار الوقف من نفسه لا يجوز، هكذا ذكر هلال في وقفه، وكذا إذا آجر من عبده، أو مكاتبه لا يجوز. كما لو [كان] آجره من نفسه قيل: إنما لم تجز إجارة القيم من نفسه على قياس الوكيل إذا آجر من نفسه؛ لأن كل واحد منهما يتصرف(٢) بتفويض من جهة غيره، وقيل: ينبغي أن يكون هذا على قياس الوصي إذا باع مال اليتيم من نفسه، إن كان فيه منفعة للوقف يجوز عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

١١٠٤٥ - ولو آجر من ابنه أو أبيه، فهو على الاختلاف في الوكيل، عند أبي حنيفة لا يجوز، وعندهما يجوز، ومن مشايخنا من قال: هنا يجوز، وقياسه على المضارب، إذا آجر من هؤلاء، فإنه يجوز بلا خلاف، وكذلك الوصي؛ لأنهما عاما التصرف، بخلاف الوكيل، ومن مشايخنا من قال: لو فرق إنسان بين المضارب والوصي، وبين والي الوقف لأبي حنيفة خاصة، فإن والي الوقف ليس بعام الولاية، وإن كان وصياً في الوقف، ألا ترى أنه لا يتجاوز أمر الواقف وشرطه.

١١٠٤٦ - إذا آجر القيم الدار الموقوفة بعرض من العروض، جاز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز إلا بالدراهم والدنانير، وذكر هذه المسألة في الإجارات، فأجاب بالجواز من غير ذكر الاختلاف، والمتأخرون من مشايخنا قالوا: إنه لم يذكر محمد خلافاً؛ لأنه لم يكن في الأجرة تعامل في زمانهم(٣)، وذكر هلال الخلاف؛ لأنه كان في الأجرة تعامل، كما في الثمن. قال القاضي أبو جعفر: وفي زماننا في الأجر تعامل كما في الثمن، بعض مشايخنا قال: إنما يجوز في الوقف عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ما تعارفه الناس أجرة وثمناً في الإجارات والمبايعات، مثل الحنطة والشعير، فأما العبيد فلا يجوز بالإجماع، والأب والوصي إذا آجر دار اليتيم بعرض يجوز بلا خلاف؛ لأنهما يملكان شرى العرض له، فأما قيم الوقف، فشراؤه العرض على الوقف لا يجوز، فكان كالوكيل.

(١) أثبت من ظ.

(٢) في ف ... : يتصرف.

(٣) كذا في ... ، وكان في الأصل: في زمنهم.

ثم إذا أجاز إجارة الوقف بالعرض على قول من قال بالجواز، فالقيم يبيع العرض الذي هو أجرة، ويجعل ثمنه في سبيل الوقف.

١١٠٤٧ - إذا آجر القيم الوقف، وشرط المرمة على المستأجر، بطلت الإجارة؛ لأن المرمة مجهولة، إلا أن يسمي دراهم معلومة، ويأمره بأن يصرفها في المرمة.

١١٠٤٨ - وإذا كان الوقف على قوم معينين فأجر القيم الوقف من الموقوف عليهم يجوز؛ لأنه لا حق لهم في الرقبة، إنما حقهم في الغلة، فصار في حق الرقبة من الموقوف كالأجانب، إلا أنه يسقط حصة المستأجر من الأجر؛ لأنه لو أخذ منه استرد ثانياً، فلا يفيد الأخذ. والموقوف عليهم إذا أرادوا أن يؤاجروا لا يجوز، لما ذكرنا أنه لا حق لهم في الرقبة ولا ملك.

١١٠٤٩ - قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: إذا كان الأجر كله له [بأن] كان الوقف لا يحتاج إلى العمارة، كالحوانيت والدور، وليس معه شريك في الوقف، حينئذ جازت الإجارة، وأما في الأرض إن كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج، وسائر المؤن، وما فضل فللموقوف عليهم، فليس لهم إجارته؛ لأن فيه إبطال شرط الواقف، وهو البداية بالخراج والمؤن.

بيانه: أن إجارة الموقوف عليه إنما يجوز على معنى إجارته ملك نفسه لا على اعتبار إجارته للوقف؛ لأنه ليس بمتولي الوقف. وإن كان جواز إجارته على اعتبار ملك إجارته ملك نفسه لنفسه كان الأجر له ليس فيه خراج ولا شيء، فهو معنى قولنا: أن فيه إبطال شرط الواقف. وأما إذا لم يشترط بداية الخراج والمؤن عليه، وهو نظير ما روي عن أبي يوسف في أرض الوقف إذا كان الموقوف عليهم اثنين أو ثلاثة فتقاسموا، وأخذ كل واحد منهم أرضاً يزرعها لنفسه، قال أبو يوسف: إن كانت الأرض عشرية جاز مهايأتهم، وإن كانت الأرض خراجية لا يجوز، قال: لأن العشر صدقة، وما وقف عليهم كالصدقة عليهم، فصارت الجهة في جميع الغلة واحدة، فأشبه سكنى الدار إذا كان الموقوف عليهم نفراً، فبدا لهم أن يقتسموا، وأن يسكن كل واحد منهم ناحية [منها] جاز على سبيل التهايؤ، إذ ليس فيه تغيير شرط، إذ ليس سبيل العشر أن يبدأ فيه كما يبدأ بالخراج والمؤن، وأما في الأرض الخراجية فإن عادة الواقفين شرطهم بداية الخراج من الغلات، ونحن لو أجزنا التهايؤ لم يكن الخراج في الغلة، بل يكون في ذمة الموقوف عليهم، إذ صورة التهايؤ أن يختص كل واحد منهم بما يخصه، ولما صار بلا منفعة مختصاً[1]، كان كالمالك، فيكون الخراج في ذمته، كالمالك، فيكون فيه تغيير

(١) وفي "م": محتاجاً مكان مختصاً.

شرط الواقف؛ لأن الواقف شرط أن يكون الخراج في الغلة.

١١٠٥٠ - قال الفقيه أبو جعفر: وقد اختار بعض الصكاكين في زماننا في الصكوك في إجارة الوقف لما كان الفتوى على أن إجارة الوقف لا يجوز في السنين الكثيرة، فذكروا في الصك أن الواقف وكّل فلانًا بإجارة هذه الضيعة من فلان كل سنة بكذا، أو متى ما أخرجه من الوكالة، فهو وكيله، وأرادوا بذلك بقاء الوقف في يد المستأجر أكثر من سنة. قال الفقيه أبو جعفر: إلا أنا نبطل هذه الوكالة في الوقف، وإن كان القياس تجويزه تحرزًا بإصلاح الوقف، كما نبطل الإجارة، وقد اختلف نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة في الوكالة بهذه الصفة، قال نصير: يجوز، وقال محمد بن سلمة: لا يجوز.

قال الفقيه أبو جعفر: إنما اختلفا لاختلافهما في معنى قولهما: مهما عزلتك فأنت وكيلي، قال محمد بن سلمة: معناه: كلما عزلتك فأنت وكيلي بالوكالة السابقة، وهذا مخالف للشريعة؛ لأنهما قصدا أن لا يرد على هذه الوكالة العزل، ومن حكم الشرع أن الوكالة يرد عليها العزل، وقال نصير معناه: كلما عزلتك فأنت وكيلي وكالة مستأنفة. ولو صرح بهذا لا يصح؛ لأن الوكالة يصح تعليقها بالشروط، فيصح تعليقها بشرط العزل، قال الفقيه أبو جعفر: ونحن نبطل هذه الوكالة في الوقف؛ لأنه أصلح للوقف.

١١٠٥١ - استأجر أرضًا موقوفة، وبنى فيها حانوتًا وسكنها، فأراد غيره أن يزيد في الغلة، ويخرجه من الحانوت: ينظر إن آجره مشاهرة، فإذا جاء رأس الشهر، كان للقيم فسخ الإجارة؛ لأن الإجارة إذا كانت مشاهرة ينعقد رأس كل شهر، فبعد ذلك ينظر إن كان رفع البناء لا يضر بالوقف رفعه إن شاء؛ لأنه ملكه، وإن كان رفع البناء يضر بالوقف، ليس له أن يرفعه، دفعًا للضرر عن الوقف، فبعد ذلك المسألة على وجهين. إن كان المستأجر يرضى أن يتملك القيم بناءه للوقف بقيمته مبنيًا، أو منزوعًا، أيهما كان أقل يملك القيم ذلك، وإن كان لا يرضى لا يملك؛ لأن تملك ماله بغير رضاه لا يجوز، فيبقى إلى أن يتخلص ملكه، في "فتاوى أبي الليث".

١١٠٥٢ - وفي "فتاوى النسفي": فقير يسكن وقف الفقراء بأجر، فترك له بحساب الفقراء ما وجب عليه، يجوز من الأجر، فالرواية محفوظة عن علمائنا أن من له حق في مال بيت المال إذا ترك عليه خراج أرضه لمكان حقه في بيت المال جاز، هكذا قال في "فتاوى أبي الليث".

١١٠٥٣ - قيّم وقف آجر دار الوقف، فله أن يحتال بالغلة على مديون المستأجر إذا كان

مليئًا، وإن أخذ كفيلًا، فذلك أولى؛ لأنه إذا أخذ كفيلًا كان المطالب بالأجر اثنان، في آخر إجارات فتاوى أبي الليث.

١١٠٥٤ - المتولي إذا باع الأشجار التي في أرض الوقف، ثم أجر منه الأرض، فإن باع الأشجار بعروقها دون الأرض يجوز، إذا لم تكن الإجارة طويلة؛ لأن الأرض لا تكون مشغولة بملك الغير فيصح التسليم.

وإن باع الأشجار من وجه الأرض، لا تجوز إجارة الأرض؛ لأن الأرض مشغولة بملك الغير وهو عروق الأشجار، فلا يصح التسليم. وإن كان قد دفع الأشجار منه معاملة سنة أو سنتين، أو ما أشبه ذلك، ثم أجر الأرض منه بأجر المثل، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا يجوز إجارة الأرض؛ لأن عنده المعاملة غير جائزة، فبقي الأرض مشغولًا بحق الآخر، فلا تجوز الإجارة، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المعاملة جائزة، فجازت الإجارة، والاحتياط أن يبيع الأشجار بعروقها، ثم يؤاجر الأرض، فيكون متفقًا عليه، وإذا أراد أن يستأجر أجرا ليعملوا في أرض الوقف جاز؛ لأن فيه منفعة راجعة إلى الوقف.

١١٠٥٥ - قال: وإذا دفع أرض الوقف مزارعة يجوز إذا لم يكن فيه محاباة راجعة إلى الوقف قدر ما لا يتغابن الناس فيها؛ لأنه إذا كان البذر من قبل القيم، فهو مستأجر العامل ليعمل في الوقف، وإن كان البذر من قبل العامل، فقد أجر الأرض منه ببعض الخارج، وكذلك لو دفع ما فيها من النخيل معاملة تجوز، فإن مات القيم قبل انقضاء مدة المزارعة والمعاملة لا تبطل المزارعة والمعاملة، وإن مات المزارع والمعامل، فإن المزارعة والمعاملة يبطلان.

١١٠٥٦ - وإن دفع القيم أرض الوقف مزارعة سنين معلومة [فهو جائز، إذا كان ذلك أنفع وأصلح في حق الفقراء، فقد جوز المزارعة سنين معلومة][1] من غير التقدير بالثلث، وأنه صحيح، والمعنى الذي لأجله استحسن المشايخ أن لا تجوز الإجارة الطويلة على الوقف، وهو أن لا يؤدي إلى إبطال الوقف حتى لا يتأتى في المزارعة، يعرف بالتأمل - إن شاء الله تعالى -.

١١٠٥٧ - وإذا دفع أرض الوقف مزارعة، أو دفع نخيل الوقف معاملة، ولا حظ فيه للواقف لا يجوز على الوقف، ويصير غاصبًا الأرض، فإن سلمت الأرض من النقصان، فلا ضمان، وإن نقصت، فالضمان واجب إن شاء على الدافع، وإن شاء على الآخذ، ولا شيء للموقوف عليهم من الخارج من الأرض. وأما الثمار فهي للموقوف عليهم؛ لأنها تخرج من النخيل، ولا شيء للمدفوع إليه من الثمار إنما حقه في أجر عمله على الدافع في ماله خاصة،

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا.

ولا يرجع به على [أحد] (١) ذكره هلال في وقفه.

١١٠٥٨- في "فتاوى أهل سمرقند": أرض وقف بدرغم، وهي ناحية من نواحي سمرقند، استأجره رجل من حاكم درغم بدراهم [معلومة] وزرعها، فلما حصلت الغلة طلب المتولي الحصة من الغلة، كما جرى العرف بالزراعة بدرغم على النصف، أو على الثلث، فقال الرجل: على الأجر، كان للمتولي أن يأخذ الحصة، لأنه لا ولاية للحاكم؛ لأن تولية القاضي لهذا المتولي إن كان قبل تقليد الحاكم [لم يدخل] ذلك تحت تقليده، وإن كان بعد تقليده خرج عن ولاية تلك الأرض، فلم تصح إجارته، فلما زرعها، وقد جرى العرف بالمزارعة على النصف، أو على الثلث صار كأن المتولي دفعها إليه مزارعة على ذلك.

١١٠٥٩- في "فتاوى أبي الليث": وقف ضيعة له على بنيه، فأراد أحدهم قسمتها ليدفع نصيبه مزارعة، قال: قسمة الوقف لا تجوز من أحد، وليس لأرباب الوقف أن يعقدوا على الوقف عقد مزارعة، وإنما ذلك للقيم.

قال: أرض الوقف إذا كانت عشرية دفعها القيم مزارعة أو معاملة، فعشر جميع الخارج في نصيب الدافع، وهذا على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، فإن عنده في الإجارة بالدراهم العشر على الآجر كالخراج، وعندهما يجب في الخارج، فكذلك في المزارعة؛ لأنه إن كان البذر من قبل رب الأرض، فهو مستأجر للعامل، فالعشر كله عليه، وإن كان البذر من قبل المزارع، فالقيم يؤاجر الأرض، فكان العشر عليه.

١١٠٦٠- وكان ينبغي أن لا يجب العشر في أرض الوقف؛ لأن الوقف في الحاصل على الفقراء والعشر للفقراء، وإنما وجب؛ لأن الأخذ يختلف؛ لأن حق أخذ العشر للسلطان وله فيه حق المطالبة، وأما الوقف فالقيم هو الذي يتصرف فيه، وهو نظير المال المنذور بالتصدق بها إذا حال الحول عليها، تجب الزكاة فيها، فيؤدي صاحب المال الخمسة زكاة، ويتصدق بالباقي، وإن كان المصرف في كلا الحقين واحد.

١١٠٦١- وإذا كانت الدار موقوفة على قوم، أجرها القيم، فمات بعضهم، قد ذكرنا قبل هذا أن الإجارة لا تنتقض بموت الموقوف عليه، وذكرنا أيضاً: أن ما وجب من الأجر قبل موت من مات منهم، فذلك ميراث لورثته، وما وجب بعد موته، فهو كله للباقين، فإن عجلت الأجرة، واقتسمها الموقوف عليهم، ثم مات أحدهم، فالقياس أن تنتقض القسمة، ويكون للذي مات حصته من الأجر مقدار ما عاش؛ لأن المنفعة التي تحدث بعد موته لا يظهر

(١) هكذا في النسخ الناقلة التي عندنا، وكان في الأصل: على الدافع.

لحاجتهم فأمكن إيجاب الدين في مالهم. وأما في باب الخراج فلا يتصور؛ لأنه إن كان في الأرض غلة، فلا ضرورة إلى الاستدانة؛ لأن الغلة تباع، ويؤدي منه الخراج، فإن لم يكن في الأرض من غلة، فليس هنا إلا رقبة الوقف، ورقبة الوقف ليس للفقراء، ولا يستقيم إيجاب دين يحتاج إليه الفقراء في مال ليس لهم. فهذا الفصل مشكل من هذا الوجه، إلا أن يكون تصوير المسألة فيما إذا كان في الأرض غلة، وكان بيعه متعذراً للحال، وقد طولب بالخراج.

ثم ما روي عن الفقيه أبي جعفر في الخراج يدل على فصل العمارة: أن الواقف إذا كان محتاجاً إلى العمارة، وفرق القيم الغلة على الفقراء، ولم يمسك للعمارة شيئاً، ينبغي أن يضمن، وإذا لم يكن للوقف غلة، وقد اشتدت حاجة الوقف إلى العمارة، وخيف عليه ضرر بين، وقد تحققت الضرورة، كما في الزرع يأكله الجراد، وكما في الخراج إذا طولب فيه.

١١٠٦٤ - قالوا: وليس قيم الوقف في الاستدانة على الوقف، كالوصي في الاستدانة على اليتيم؛ لأن لليتيم ذمة صحيحة، وهو معلوم، فيتقرر مطالبته، ألا ترى أن للوصي أن يشتري لليتيم شيئاً بنسيئة من غير ضرورة.

١١٠٦٥ - وفي "فتاوى أبي الليث": قيم وقف طلب منه الجبايات والخراج، وليس في يده من مال الوقف شيئاً، فأراد أن يستدين، فهذا على وجهين: إن أمره الواقف بالاستدانة فله ذلك، وإن لم يأمره بالاستدانة، فقد اختلف المشايخ فيه، قال الصدر الشهيد: والمختار ما قاله الفقيه أبو الليث: إنه إذا لم يكن من الاستدانة بد يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة، ثم يرجع في الغلة؛ لأن للقاضي هذه الولاية.

١١٠٦٦ - وفي "واقعات الناطفي": المتولي إذا أراد أن يستدين على الوقف ليجعل ذلك في ثمن البذر، إن أراد ذلك بأمر القاضي، فله ذلك بلا خلاف؛ لأن القاضي يملك الاستدانة على الوقف، فيملك المتولي ذلك أيضاً بإذن القاضي، وإن أراد ذلك بغير أمر القاضي، ففيه روايتان.

١١٠٦٧ - متولي الوقف إذا رهن الوقف بدين، لا يصح؛ لأن فيه تعطيل منافع الرهن، فإن سكن المرتهن فيه، فعليه أجر المثل بالغاً ما بلغ، سواء كان معداً للاستغلال أو لم يكن، نظراً للوقف. وقد ذكرنا جنس هذه المسائل فيما تقدم.

١١٠٦٨ - في "فتاوى أبي الليث": أرض موقوفة في يدي أكار، وكان فيه قطن، فسرق القطن، فوجده الأكار في منزل رجل، فأخذ صاحب المنزل، وخاصمه، فقال صاحب المنزل: ضمنت لك إن أعطيتك مائة من القطن، أيحل للقيم أن يأخذ ذلك؟ فهذا على ثلاثة أوجه: إما

أن يعلم أن صاحب المنزل يعطي خوفاً من هتك الستر، أو لم يعلم أنه سرق ثلث القدر أو أكثر، أو أقر بذلك، أو علم أنه سرق لكن أقر أنه يعطي، ففي الوجه الأول لا يجوز له أن يأخذ؛ لأنها رشوة، وفي الوجه الثاني جاز؛ لأنه أخذ ديناً عليه، وفي الوجه الثالث لا يجوز إلا مقدار ما يعلم يقيناً أنه سرق؛ لأن الدين لم يكن، فإذا وقع الشك فيه، لا يثبت.

١١٠٦٩ - وفي فتاوى سمرقند: [إن أكاراً] تناول من مال الوقف، فصالحه المتولي على شيء، فهذا على وجهين: إما إن كان الأكار غنياً أو فقيراً، ففي الوجه الأول لا يجوز الحط من مال الوقف، وفي الوجه الثاني يجوز إذا لم يكن فيه غبن ظاهر.

١١٠٧٠ - وفي فتاوى أبي الليث: أرض وقف خاف عليها القيم من سلطان، أو وارث أن يغلب عليها، يبيعها، ويتصدق بثمنها، وكذا كل قيم إذا خاف شيئاً من ذلك، فله أن يبيع ويتصدق بالثمن، قال الصدر الشهيد: والفتوى على أنه لا يبيع؛ لأن الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع.

١١٠٧١ - في فتاوى أهل سمرقند: [شجرة] وقف في دار وقف، خربت الدار، ليس للمتولي أن يبيع الشجرة ويعمر الدار، لكن يكري الدار ويعمرها، ويستعين بالأجرة على عمارة الدار لا بالشجرة؛ لأنه إذا باع الشجرة [١] لا يبقى، وإذا أجر الدار يبقى كلها.

وفي فتاوى الفضلي: الأشجار الموقوفة إن كانت مثمرة، لم يجز بيعها إلا بعد القلع؛ لأنها بمنزلة البناء الموقوف، وبيع بناء الوقف لا يجوز قبل الهدم، ويجوز بعد الهدم، وكذا باب الوقف، لا يجوز بيعه إلا بعد الرفع، كذا هنا.

وإن كانت الأشجار غير مثمرة، جاز بيعها قبل القلع [لأنها] بمنزلة الغلة، وقد مرت مسألة الشجرة قبل هذا من غير تفصيل.

١١٠٧٢ - وفي فتاوى أبي الليث: قرية وقف على أرباب مسمين في يدي متولي، باع المتولي ورق أشجار التوت، جاز؛ لأنه بمنزلة الغلة، ولو أراد المشتري قطع قوائم الشجرة، يمنع؛ لأنها ليست بمبيعة، ولو منع المتولي من منع المشتري من قطع قوائم الشجرة، كان ذلك خيانة منه.

١١٠٧٣ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: متولي الوقف إذا اشترى بغلة الوقف ثوباً، ودفعه إلى المساكين، لا يجوز، ولكن يضمن الدراهم؛ لأن المشتري وقع للقيم، بقي حق المساكين في الدراهم، والله أعلم.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وب.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١١٠٧٤ - ما ذكر الخصاف في وقفه: قال: قلت: في رجل وقف وقفاً صحيحاً، وجعل ولايتها إلى رجل، وجعل إليه القيام بأمرها في حال حياته، وبعد وفاته، وجعل لهذا الرجل من هذا الوقف في كل سنة مالاً معلوماً لقيامه بأمر هذا الوقف، فما الذي يجب على هذا الرجل القيم من العمل؟ قال: ليس له في ذلك شيء محدود، وإنما ذلك على ما يتعارفه الناس من القيم بعمارة الضيعة، واستغلال ذلك، وبيع غلاته، وتفريق ما يجتمع من غلاته في الوجوه التي سبلها فيه. أرأيت إن لم يباشر الرجل هذا بنفسه؟ قال: إنما يكلف من هذا ما يجوز أن يفعله مثله، ولا ينبغي أن يقصر في ذلك، أما ما كان يفعله الوكلاء والأجراء، فليس ذلك عليه، ألا ترى أنه لو جعله ذلك إلى امرأة كان عليها ما يعمله الوكلاء.

١١٠٧٥ - وإن حدثت بهذا القيم علة مثل خرس، أو عمى، أو ذهاب عقل، أو الفالج، هل يكون هذا الأجر قائماً له؟ قال: إذا دخل عليه من ذلك شيء يمكنه مع ذلك الكلام، والأمر والنهي، والأخذ والإعطاء، فالأجر قائم، فإن تعطل عن الحفظ والتدبير، بطل عنه الأجر.

١١٠٧٦ - قلت: فما تقول إن طعن عليه في الأمانة، فرأى الحاكم أن يدخل معه غيره في الوقف، أو رأى الحاكم إخراج الوقف [من يده] وتسليمه إلى غيره؟ قال: أما الإخراج من يد هذا الرجل، فليس ينبغي أن يكون ذلك إلا بخيانة ظاهرة، فإذا صح ذلك، واستحق إخراج الوقف من يده، قطع عنه ما أجرى له الواقف، وإن رأى أن يدخل معه آخر، ويكون له بعض هذا المال، فلا بأس بذلك.

١١٠٧٧ - وإذا كان هذا المال الذي سماه الواقف لهذا الرجل أكثر من أجر مثله على القيام به، فهو جائز، ولا ينظر في هذا إلى أجر مثله.

١١٠٧٨ - قلت: وإن كان الواقف جعل لهذا الرجل القيم في كل سنة مالاً، وجعل له أن يوكل بالقيام بأمر هذا الوقف في حياته، ويجعل لمن يوكل من هذا المال [في كل سنة ما رأى، قال: هذا جائز، فإن وكل فيه وكيلاً، وجعل له في ذلك المال][١] شيئاً، فله إخراج الوكيل والاستبدال، فإن وكل القيم وكيلاً في حياته، أو جعله في وصية في ذلك بعد وفاته، وجعل له جميع المال الذي جعل له، أو بعضه، ثم إن القيم الذي كان جعله الواقف جن جنوناً مطبقاً، أو ذهب عقله من داء أو غير ذلك، قال: تبطل الوكالة التي كان جعلها إليه، ويبطل

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المال، وكذلك وصيته تبطل إلى من أوصى إليه، ويبطل المال، ويرجع ذلك إلى غلة الوقف.

فإن جعل القيم في كل سنة مالاً، ولم يشترط للقيم أن يجعل هذا المال لغيره، قال: فليس لهذا القيم أن يوصي بهذا المال، ولا شيء منه إلى غيره، وله أن يوصي بالقيام بأمر هذا الوقف.

١١٠٧٩ - ولو زال عقله سنة، وعجز عن القيام، ثم رجع إليه عقله، وصح يعود إلى ما كان من القيام بأمر هذا الوقف، وإذا صح عند الحاكم أن القيم لا يصلح للقيام بأمر هذا الوقف، فأخرجه، وجعل مكانه آخر، ثم جاء حاكم آخر، فادعى أن الحاكم الذي كان قبل ذلك إنما أخرجني من القيام بأمر هذا الوقف من غير أن صح عنده علي شيء استحق به إخراجي عن ذلك، لا يقبل قوله ولا دعواه، ولكن يقول له: صح عندي أنك موضع القيام بأمر هذا الوقف حتى أدرك للقيام بذلك، فإن صح عند هذا الحاكم أنه موضع لذلك، رده، وأجرى ذلك المال له من غلة هذا الوقف. ولو أن القاضي أخرج هذا القيم بوجه من الوجوه، وأقام غيره مقامه، فينبغي للقاضي أن يجري لهذا الرجل شيئًا بالمعروف، ويرد الباقي إلى غلة الوقف، فإن كان الواقف أراد أن يكون هذا المال جاريًا لهذا القيم، وإن أخرجه القاضي لم يبطل عنه ذلك المال ينبغي أن يشترط في وقفه أن هذا المال جاري لهذا القيم أبدًا، ولا يقول لقيامه بأمر الوقف [فيكون ذلك كله له.

١١٠٨٠ - في "فتاوى أبي الليث": رجل وقف على مواليه وقفًا صحيحًا، ومات الواقف][1] يجعل القاضي الوقف في يدي قيم، ويجعل له عشر غلاته.

١١٠٨١ - وفي الوقف: طاحونة في يدي رجل بالمقاطعة، لا حاجة لها إلى القيم، وأصحاب الطاحونة يقبضون بإزاء العمل، فلا عمل له في الطاحونة؛ لأن القيم بمنزلة الأجير، والأجير يستحق الأجر بإزاء العمل، فلا عمل له في الطاحونة.

١١٠٨٢ - وفي "مجموع النوازل": متولي وقف بتقليد القاضي امتنع من العمل في ذلك بنفسه، ولم يرفع الأمر إلى القاضي ليعزله، ويقيم غيره مقامه، هل يخرج عن كونه متوليًا؟ قال نجم الدين: لا، فإن امتنع عن تقاضي ما على المستغلين زمانًا، ولم يقبضه، هل يأثم بذلك؟ قال نجم الدين: لا، فإن هرب بعض المستغلين بعد ما اجتمع عليه مال كثير من حق الغلة، هل يضمن المتولي؟ قال نجم الدين: لا - والله أعلم -.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

الفصل الثامن
في الوقف على نفسه، وما يتصل به

١١٠٨٣ - إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على نفسي، قال هلال: لا يجوز الوقف، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يجوز؛ لأن الوقف لو شرط لنفسه أن يأكل من غلته على قول أبي يوسف يجوز على ما مر، وعن محمد رواية ظاهرة في هذه الصورة. واختلف المشايخ على قوله، بعضهم قالوا: لا يجوز عنده؛ لأن عنده الإخراج عن يده والتسليم إلى المتولي شرط، وإذا كان الوقف على نفسه، كان متولياً قابضاً للوقف، فكأنه لم يخرج من يده.

١١٠٨٤ - وبعضهم قالوا: على قول محمد يجوز؛ فقد ذكر محمد في آخر كتاب الوقف إذا وقف على أمهات أولاده يجوز، والوقف على أمهات الأولاد كالوقف على نفسه. وكان الفقيه أبو بكر الإسكاف يجيز أن يشترط لنفسه الأكل فيقول: على أن آكل منها، ويجيز الوقف على نفسه، وكان يقول: الوقف على نفسه خرج مخرج الفساد فيبطل، وشرط الأكل لنفسه خرج بعد خروج الوقف على وجه الصحة فصح.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن قوله: أرضي صدقة موقوفة وقف صحيح تام على الفقراء، وقوله: على نفسي بمنزلة الاستثناء، لا يبطل أصل الوقف، كما لو قال: أرضي هذه موقوفة على فلان. ووجه قول هلال: أن الإنسان لا يكون متصدقاً على نفسه، كما لا يكون واهباً من نفسه؛ لأن كل واحد منهما تمليك، والتمليك من نفسه لا يتصور. فذهب معنى القربة، فيبقى الحبس مطلقاً، وما به يكون محبوساً عليه قبل الوقف، فلا معنى للاشتغال بالحبس على نفسه، بخلاف الغني؛ لأن التمليك منه متصور، وفيه نوع قربة، ولكن دون قربة الفقير، فأما هنا فأصل التمليك لا يتصور.

وكان يجب على قول هلال أن يلغى ذكر نفسه، ويجعل وقفاً على الفقراء، كما لو قال: أرضي صدقة موقوفة على الموتى، فإنه يكون وقفاً صحيحاً على الفقراء، ويلغو ذكر الموتى. والفرق بينهما على قول هلال: أن الميت ليس بأهل من أهل التمليكات، فألغي الإضافة إليه، أما نفسه من أهل التمليكات في الجملة، ولكن تمليكه من نفسه لا يتصور، فمن حيث إنه أهل التمليك في الجملة اعتبرت الإضافة، ومن حيث إن تمليكه [من نفسه] لا

يتصور، لا يعتبر الإضافة عند الوقف.

وإذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أمهات أولادي، ثم قال: على عبيدي، فالوقف باطل، وهذا إنما يتأتى على قول هلال؛ لأن الوقف على أمهات الأولاد والعبيد كالوقف على نفسه

١١٠٨٥- ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة عليّ، ثم من بعدي على فلان، كان باطلا، وكذلك إذا قال: صدقة موقوفة على فلان، ثم من بعده على، كان باطلا على قول هلال، بخلاف ما إذا قال: أرضي صدقة موقوفة علي وعلى فلان، حيث يصح بصفة، وهو حصة فلان؛ لأن في الفصل الأول أثبت الغلة كلها لفلان في زمان، ولنفسه في زمان، وشرط الكل لنفسه في زمان يبطل الوقف، وفي هذه المسألة ما أثبت الغلة كلها لنفسه، بل أثبت الحصة بين نفسه وبين فلان في الغلة في جميع الأزمان، ولو أفرد الوقف على نفسه لا يصح، ولو أفرده على غيره صح، فإذا جمع بينهما كان لكل واحد حكم نفسه. وكذلك إذا قال: صدقة موقوفة على نفسي وعلى ولدي ونسلي، كان الوقف كله باطلا؛ لأن حصة النسل مجهولة، وهذا على قول هلال أيضاً.

الفصل التاسع
في الوقف على ولده، وولد ولده، وبنيه ونسله، وما يتصل بذلك

١١٠٨٦ - إذا وقف الرجل أرضه على ولده، ومن بعده المساكين وقفًا صحيحًا، فإنه يدخل تحت [الوقف] الولد الموجود يوم وجود الغلة، سواء كان موجودا يوم الوقف، أو وجد بعد ذلك، وهذا قول هلال، وبه أخذ مشايخ بلخ، وقال أبو يوسف بن خالد السمتي: يدخل تحت الوقف الموجود يوم الوقف، وأراد بهذا الموجود الحلق على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى - لأن الحق إنما يجب في الوقف يوم الوقف بدلالة أن الواقف لا يقدر على الرجوع عنه على قول مجيزي الوقف، ولا يملك إدخال غيرهم عليهم ويعتبر شروطه يوم الوقف، فصار يوم الوقف كيوم موت الموصي في الوصية، ومن أوصى لولد عبد الله: ينظر إلى ولد عبد الله يوم موت الموصي في الوصية كذلك ههنا.

ووجه قول هلال: إن الموقوف عليه لا يملك الرقبة، بل يملك الغلة، والغلة معدومة يوم الوقف، والمعدوم لا يملك، وإنما يملك الموجود، فصار في حق الموقوف عليه يوم وجود الغلة كيوم موت الموصي في حق الموصى له، وفي حق الواقف رقبة الوقف يزول عن ملكه يوم الوقف: فروعي شروطه يوم يزول ملكه.

١١٠٨٧ - ولو قال: على والدي وعلى من يحدث لي من الولد، فإذا انقرضوا، فعلى المساكين، فالجواب فيه كالجواب في الفصل الأول، وهو أنه ينظر إلى ولده يوم وجود الغلة؛ لأن قوله: وعلى من يحدث لي من الولد، وشرط لو لم يذكر لكان معتبرًا، فإنه لو حدث له ولد بعد الوقف قبل الغلة، يشاركهم، فإذا شرط كان الشرط تأكيدًا لمقتضاه، لا تغييرًا

١١٠٨٨ - ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على من يحدث لي من الولد، وليس له ولد، فإنه يجوز، فإذا أدركت الغلة، قسمت على الفقراء، فإذا حدث له ولد بعد ذلك، فلا حظ له من هذه الغلة؛ لأن أوان استحقاق هذه الغلة سبق حدوث هذا الولد، ولكن الغلة التي توجد بعد ذلك تصرف إلى هذا الولد ما بقي، فإذا لم يبق له ولد، صرفت الغلة إلى الفقراء؛ لأن قوله: صدقة موقوفة، يكون وقفًا على الفقراء، وذكر الولد استثناء الغلة من الفقراء، فصار كأنه قال: أرضي موقوفة على الفقراء إلا أنه إن حدث لي ولد، فغلتها له ما بقي، فإذا ولدت امرأته الحرة، أو أم الولد بعد مجيء الغلة لأقل من ستة أشهر، شركهم هذا الولد في

كالعور، أو العميان فلان، لعور أو العمى وصف لازم لا يزول، وقد ذكره لزيادة التعريف، فتجري مجرى اسم علم، ولو ذكر باسم العلم بأن قال: أرضي صدقة موقوفة على فلان وفلان، اختص فلان بالاستحقاق من جملة أولاده، فلو ولد بعد ذلك له ولد آخر، وسماه بذلك الاسم لم يشارك الثاني الأول في الاستحقاق، فكذلك في العور والعمى. وأما الصغير وإن كان مما يزول بالكبر، ولكنه يزول زوالاً لا يعود، بخلاف الفقراء ومساكين البصرة؛ لأن الفقر يزول عن الإنسان ويعود، فتارة يفتقر، وتارة يستغني، فلم يكن الثبوت ثابتاً، ولا الزوال، وكذلك المستغني، فصار الحاصل أن الاستحقاق إذا كان ثابتاً بصفة لا تزول، أو تزول لكنها لا تعود بعد الزوال، يعتبر في الاستحقاق قيام تلك الصفة وقت الوقف، وإذا كان الاستحقاق ثابتاً بصفة وقت مجيء الغلة، فعلى هذا الأصل يدور جنس هذه المسائل.

١١٠٩٢ - إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولد فلان، وليس لفلان ولد لصلبه، وله ولد الولد يريد به ولد الابن، كانت الغلة لولد الابن، ولو كان لفلان ولد لصلبه، وولد الولد، فلا شيء لولد الولد، وكذلك هذا في ولد الواقف، وولد ولده. وهذا لأن اسم الولد عند الإطلاق يتناول ولد الصلب، ولا يتناول ولد الولد [لأن المطلق من الأسامي يتناول المطلق من المسميات، وولد الابن ليس بمطلق، وولد الصلب]⁽¹⁾ لأنه يولد منه بلا واسطة، أما ولد الولد يولد منه بواسطة، فكان ولداً مقيداً، والمقيد لا يدخل تحت المطلق إلا بدليل، فأما إذا لم يكن له ولد لصلبه لوجد دليل، وهو صيانة تصرفه؛ لأنه إذا لم يكن له ولد لصلبه]⁽²⁾ لو لم يحمل على ولد الابن يلغو تصرفه، ومثل هذا الدليل لم يوجد فيما إذا كان له ولد لصلبه.

١١٠٩٣ - إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي، انصرف إلى البطن الأول، يريد به ولد لصلبه، ولا يشاركه البطن الثاني البطن الأول، يريد بالبطن الثاني ولد الابن، فما دام واحداً من البطن الأول، فالغلة له، وإن لم يبق واحد من ذلك البطن، فالغلة للفقراء، ولا يصرف إلى البطن الثاني، فإن لم يوجد البطن الأول، ووجد البطن الثاني، وهو ولد الابن، فالغلة للبطن الثاني، ولا يشاركه من دونه من البطون، ويجعل الحال في حق ما بين البطن الثاني ومن دونه من البطون كالحال في حق ما بين البطن [الأول] والثاني. ولو عدم البطن الأول والثاني، ووجد البطن الثالث والرابع ومن دونه، اشترك البطن الثالث ومن دونه من البطون، وإن كثرت؛ لأن البطن الثالث قد يحتمل بعده، كالبطن الرابع والخامس، ألا ترى أنك إذا نسبت

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

إلى الأب الأعلى تذكر الوسائط، فتقول: ولد ولد فلان، فتذكر ثلاثة ا... والثلاث جمع صحيح، فثبت أن نسبه بعيد، والبعيد إذا محض يتعلق الحكم بنفس الانتساب، كما لو أوصى لبني تميم، أو لبني هاشم، أو لأولاد أبي بكر، انصرف إلى منتسبيهم، ويستوي من بعدت ولادته ومن قربت، كذا ههنا، فأما في البطن الثاني، فالبعيد غير متمحض، ألا ترى أنك إذا نسبته إلى الأب الأعلى تذكر واسطتين، فتقول: هذا ولد ولد فلان، فلا يتعلق الحكم بنفس الانتساب، وكل جواب عرفته في الوقف على ولده، فهو الجواب في الوقف على ولد فلان.

١١٠٩٤ ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي، وولد ولدي، اختص به البطن الأول [والثاني، ألا ترى أنه لو ذكر البطن الأول، ولم يذكر معه غيره، اختص به البطن الأول][(١)]، فإذا ذكرهما، اختصا به.

ولو قال: على ولدي، وولد ولدي، وولد ولد ولدي، فالقياس أن يختص به البطون الثلاث، كما قلنا في البطنين، وفي الاستحسان اشترك البطون كلها، وإن سفلوا [لما ذكرنا] أن البعيد إذا محض، يعتبر مجرد النسبة، ويسقط اعتبار الأقرب.

١١٠٩٥- وإذا وقف أرضه على ولده، وليس له ولد لصلبه، وله ولد الابن، صرفت الغلة إلى ولد الابن، فإن حدث له [ولد لصلبه] بعد ذلك، صرفت الغلة المستقبلة إلى ولد لصلبه؛ لأن كل غلة تدرك، فإنما ينظر إلى [مستحقها] وقت الإدراك، ولا ينظر إلى ما مضى؛ لا ترى. فإذا وجد وقت الإدراك من سماه الواقف، صرفت الغلة إليه، سواء كان موجوداً يوم الوقف، أو حدث بعده، ألا ترى أن من جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده، وليس له ولد، صرفت الغلة [إلى الفقراء] وإن حدث [له بعد] ذلك [ولد] صرفت الغلة المستقبلة إليه، كذا ههنا.

١١٠٩٦- ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على بني، وله ابنان فصاعداً، استحق جميع الغلة، وإن حصل الإيجاب بلفظ الجمع؛ لأن في المثنى معنى الجمع من وجه بضم الواحد إلى الواحد، ألا ترى أن في باب الوصية أعطي للمثنى حكم الجمع، فكذا في الوقف؛ لأن الوقف نظير الوصية.

ولو لم يكن إلا ابن واحد، كان للابن نصف الغلة، والنصف الآخر للفقراء، ألا ترى أن من أوصى بثلث ماله لبني فلان، وليس لفلان إلا ابن واحد، كان للابن نصف الثلث، والثلث الآخر يكون لورثة الموصي.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظا وم ود.

وليس اسم الابن كاسم الولد، فإنه إذا وقف على ولده، وله ولد واحد، كان جميع الغلة له، ولو كان له أولاد قسمت الغلة بينهم؛ لأن الولد بصيغته اسم وحدان، وبمعناه اسم جنس؛ لأن معنى الولادة يعم الجنس واحداً كان أو جماعة، فيصح صرفه إلى الواحد بصيغته، وإلى الجمع بمعناه، بخلاف قوله: بني، لأنه اسم جمع بصيغته، وبمعناه، حتى لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ابني، وله ابن واحد، كان له جميع الغلة؛ لأن الابن اسم وحدان بصيغته، فإنما أوجب الغلة للواحد.

١١٠٩٧ - ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على بني، وله بنون، وبنات، قال هلال: هم جميعًا في الوقف سواء؛ لأن البنين والبنات عند الاجتماع يسمى بنين، وهكذا ذكر الخصاف في وقفه، ورواه عن أبي حنيفة رضي الله تعالى.

وعن أبي يوسف بن خالد السمتي: فيمن أوصى بثلث ماله لبني فلان، ولهم بنون وبنات، فالثلث لهم جميعًا، وهم فيه سواء، فكذا الوقف.

قال هلال: وروى يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن ذلك للبنين دون البنات، قال، فقال: ألا ترى أن لا يحسن أن يقال: هذه المرأة من بني فلان.

بعض مشايخنا على أن في هذه المسألة روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وبعضهم وفق بين الروايتين، فقال: ما روى أنه يدخل فيه البنين والبنات محمول على ما إذا كان فلان أب قبيلة، كبني تميم، وما روى أنه لا يدخل فيه البنات محمول على ما إذا كانوا بني أب يحصون، وقد أشار في التعليل إلى ما قلنا، حيث قال: لا يحسن أن يقال: هذه المرأة من بني فلان، وهذا إنما يستقيم فيما إذا كانوا بني أب يحصون، أما إذا كانوا بني أب لا يحصون صح ذلك، فإنه يستقيم أن يقال: هذه المرأة من بني تميم، بنحوه روى عن أبي يوسف في الوصية، فإنه قال: الثلث للبنين دون البنات، إلا في كل أب يحسن أن يقال: هذه المرأة من بني فلان، مثل فخذ أو قبيلة.

١١٠٩٨ - ولو قال: على بني، وليس له بنون ولا بنات، فالغلة للفقراء، ولا شيء للبنات؛ لأن اسم البنين لا يتناول البنات المفردات، وكذا إذا قال: على بنات، وله بنون، فالغلة للفقراء، ولا شيء للبنين.

ولو كان الوقف باسم الولد، دخل فيه البنون والبنات؛ لأن الولد اسم مشتق من الولادة، وهذا المعنى يوجد في الفريقين.

ولو قال: على ولدي، وليس له ولد لصلبه، وإنما له ولد الولد، دخل فيه ولد الابن بلا

خلاف، وقد مر هذا. وهل يدخل ولد البنت؟ ذكر هلال أنه لا يدخل، وهكذا ذكر محمد في السير الكبير. وفي شروط الخصاف: أن ولد البنت يدخل في هذا الوقف، فصار في المسألة روايتان.

وفي كتاب الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن في قوله: ولد الولد، أنه يدخل ولد الابنة عند أصحابنا.

١١٠٩٩ - وفي مسائل علي الرازي جمعها في الحسابيات: إذا وقف على أولاده وأولادهم، دخل فيه ولد الابن [و]ولد الابنة؛ وفي السير الكبير: إذا استأمنوا على أولاد أولادهم، دخل فيه ولد الابن و[أولاد](١) الابنة. وهذا لأن ولد الولد حقيقة اسم لمن ولده ولده، وابنته ولده، فمن ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة، بخلاف ما لو استأمنوا على أولادهم؛ لأن أولاد الرجل في الحقيقة من ولدهم هو، ومن حيث الحكم من يكون منسوبًا إليه بالولادة، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات.

١١١٠٠ - وإذا وقف على نسله، دخل فيه ولد الابن، وهل يدخل فيه ولد الابنة؟ ذكر هلال أن فيه روايتين عن أصحابنا.

١١١٠١ - وإذا وقف على ولده ونسله، وله أولاد الصلب، وأولاد الأولاد، دخل فيه أولاد الصلب وأولاد الأولاد، وإن حدثت ولادتهم، فأولاد الصلب يدخلون تحت اسم الولد، وتحت اسم النسل، وأولاد الأولاد يدخلون تحت اسم النسل.

١١١٠٢ - ولو وقف على ولده ونسله، وليس له ولد لصلبه، وإنما له ولد الولد، دخل ولد الولد في الوقف باسم الولد والنسل، فإن حدث له ولد لصلبه دخل في الوقف أيضًا باسم الولد والنسل.

١١١٠٣ - ولو قال: على ولدي المخلوقين ونسلي، دخل الولد الحادث لصلبي في الاستحقاق بلفظ النسل؛ لأنه أضاف النسل إلى نفسه، والولد الحادث من نسله، بخلاف ما إذا قال: على ولدي المخلوقين ونسلهم، حيث لا يدخل في الاستحقاق ما حدث به من ولد الصلب؛ لأنه أضاف الاستحقاق [في حق أولاده لصلبه إلى المخلوقين، والمعدوم لا يكون مخلوقًا، وفي حق النسل أضاف الاستحقاق](٢) إلى النسل المضاف إلى أولاده.

وكذلك إذا قال: على ولدي المخلوقين وعلى أولادهم، لا يدخل في الاستحقاق من حدث

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبته من ظ، م، ف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبته من ظ، م، ف.

له ولد لصلبه .

١١١٠٤- ولو قال : على ولدي المخلوقين، وأولاد أولادهم، ونسلهم ، دخل أولاد المخلوقين فيه وأولادهم . وأولاد أولادهم أبداً ما تناسلوا ، وهذا لأن قوله : أولاد أولادهم إن كان خاصاً في أولاد الأولاد . فالنسل عام يدخل [فيه ، فيدخل] في الاستحقاق أولاد الأولاد باسم النسل .

١١١٠٥- ولو قال : على ولد المخلوقين وأولاد أولادهم ، وسكت ، لم يكن لولد ولده شيء ؛ لأنه أثبت الاستحقاق لأولاده القيام ، ولأولاد أولادهم ، فلا يكون لولد الولد شيء .

١١١٠٦- ولو قال : على عبد الله وزيد وعمرو ونسلهم ، دخل في الاستحقاق عبد الله وزيد وعمرو وأولادهم ، وأولاد أولادهم أبداً ما تناسلوا ؛ لأنه نص على الأصول الثلاثة ، وعلى نسل المضاف إليهم

١١١٠٧- ولو قال : على عبد الله وزيد وعمرو ، ونسله ، دخل في الاستحقاق عبد الله وزيد ، وعمرو ومن حصل من أولاد عمرو خاصة ؛ لأنه ذكر النسل بطريق الكناية عن واحد منهم ، والكناية تنصرف إلى أقرب المكنى ذكراً ، وأقربهم هنا عمرو .

١١١٠٨- ولو قال : على عبد الله وزيد وعمرو ونسلهما : دخل في الاستحقاق عبد الله وزيد وعمرو ، ودخل أولاد زيد وعمرو ؛ لأنه ذكر النسل بطريق الكناية عن اثنين ، فينصرف إلى اثنين ، وهما عمرو وزيد ، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل

ولو قال : على ولد عبد الله وعلى ولد زيد ، وليس لزيد ولد ، كان الغلة كلها لولد عبد الله ، وهو نظير الوصية ، فإن من أوصى بثلثه لولد عبد الله ، ولولد زيد ، وليس لزيد ولد ، كان الثلث كله لولد عبد الله .

١١١٠٩- ولو قال : على بني فلان ، ثم من بعدهم على المساكين ، وليس لفلان [إلا ابن واحد ، فله نصف الغلة

١١١١٠- ولو قال : على ولد فلان ، ثم من بعدهم على المساكين ، وليس لفلان][١] إلا ولد واحد ، فالغلة كلها له ، وقد مر جنس هذا فيما تقدم .

١١١١١- ولو قال : على ولدي ، وولد ولدي الذكور ، فإنه يدخل في الاستحقاق بنوه ، وبنو بنيه ، وبنو بناته ، وهذا على الرواية التي قال : ولد البنت يدخل في هذا الباب ، فقد جعل قوله : الذكور ، راجعاً إلى الولد الأول والثاني ذكراً ، ولم يجعله [راجعاً] إلى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

وولد الولد، وإن سفلوا، وعلى الذي مات من ولد الصلب، فما أصاب الميت من الغلة، كان ذلك لولده، ويصير لولد هذا الميت بسهمه الذي جعله [له] الواقف، وسهم والده.

وهذا بخلاف الوصية، فإن من قال: أوصيت بثلثي لقراباتي، وكان الموصى له بألف درهم من قرابته، فإنه ينظر إلى ما يصيبه من الثلث، إذا كان من القرابة، وما يصيبه من الألف من جملة الثلث، فيعطى الأكثر من ذلك، ويعطى من وجه واحد، ولا يجمع ذلك له.

١١٦٢٥- ولو قال: على ولدي وولد ولدي، ونسلهم [وأولادهم] أبداً ما تناسلوا على أن يبدأ في ذلك بالبطن الأعلى منهم، ثم بالبطن الذي يليهم إلى آخره بطناً بعد بطن، وكلما حدث الموت على واحد منهم، وترك ولداً، أو ولد ولد، كان ما يصيبه من الغلة لولده وولد ولده ونسله أبداً ما تناسلوا على أن يقدم البطن الأعلى، وكلما حدث الموت على واحد منهم، ولم يترك ولداً، ولا ولد ولد، ولا نسلاً، ولا عقباً، كان نصيبه من هذه الصدقة مردودة إلى أصل هذه الصدقة، فقسمت الغلة سنين على البطن الأعلى، فمات البعض بعد ذلك، وترك ولداً وولد ولد، فإن الغلة تقسم على أولاد الواقف من كان موجوداً وقت الوقف، ومن حدث بعد ذلك، فما أصاب الأحياء من ذلك أخذوه، وما أصاب الموتى كان لولد من مات منهم على ما شرط الواقف من تقديم البطن الأعلى اعتباراً لشرط الواقف، ولم يترك الميت من البطن الأعلى ولد الصلب، وإنما ترك ولد ولد، فإن نصيب الميت من الغلة لولد ولده، وهو من البطن الثالث، وكذلك إن كان أسفل من الثالث؛ لأن الواقف كذا شرط.

١١٦٢٦- وإن كان عدد البطن الأعلى عشرة أنفس، فمات منهم اثنان، ولم يتركا ولداً ولا ولد ولد، ثم مات اثنان بعد ذلك، وترك كل واحد منهما ولداً وولد ولد [ولد] ثم مات بعد هذين اثنان آخران، ولم يتركا ولداً، ولا ولد ولد، فتنازعت الأربعة الباقون من البطن الأعلى وولد الابنين الميتين، قسمت الغلة يوم يأتي على هؤلاء الأربعة وعلى الميتين الذين تركا أولاداً [على ستة أسهم، فما أصاب الأربعة كان لهم، وما أصاب الميتين اللذين تركا أولاداً][1] كان ذلك لأولادهما، ويسقط سهام الأربعة الموتى الذين لم يتركوا أولاداً، هذه المسألة وأجناسها في وقف الخصاف في باب قبل باب الوقف على العقب بباب.

١١٦٢٧- ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على المساكين على أن يبدأ بولدي لصلبي، فيجري غلة هذا الوقف عليهم، ثم بعدهم على أولادهم ونسلهم، فإنه يكون الغلة لولده وولد ولده على ما شرط، ثم على المساكين. وكذلك إذا قال: غلة صدقتي هذه

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

الفصل العاشر
في الوقف على فقراء قرابته

١١١٢٠ - إذا قال : أرضي هذه صدقة على فقراء قرابتي ، أو قال : على فقراء ولدي ، ثم من بعدهم على المساكين ، فهذا الوقف صحيح ، والمستحق للغلة من كان فقيراً يوم مجيء الغلة عند هلال ، وبه نأخذ .

١١١٢١ - ولو قال : على من افتقر من قرابتي ، فهذا على من افتقر بعد الغناء عند محمد ، وقال غيره ، هذا على من كان فقيراً يوم مجيء الغلة ، سواء كان فقيراً من الأصل ، أو كان غنياً ثم افتقر ، كقوله : على من احتاج من قرابتي ، فهو على من كان محتاجاً سواء كان وقت الغلة محتاجاً من الأصل ، أو كان غنياً ، ثم احتاج ، وكقوله : على من يسكن البصرة من قرابتي ، يعتبر سكناه بالبصرة يوم مجيء الغلة ، سواء كان ساكناً بالبصرة من الابتداء أو لم يكن ساكناً ، وإنما سكن الآن .

ثم من له المسكن لا غير ، أو كان له مسكن وخادم ، فهو فقير في حق الزكاة والوقف ، وكذلك إذا كان له مع ذلك ثياب كفاف لا فضل فيها ، وكذلك إذا كان مع ذلك متاع البيت ما لا غناء عنه ؛ لأن هذه الأشياء من جملة ما لا بد منه .

وإن كان مائتا درهم ، أو عشرون مثقالا ذهب ، فلا حظ له من الوقف ؛ لأنه غني ، ألا ترى أنه وجب عليه الزكاة .

وإن كان له فضل من متاع البيت أو الثياب ، وذلك الفضل يساوي مائتا درهم فصاعداً ، فهو غني لا يحل له الزكاة ، ولا الوقف .

وإن كان له مسكنان وخادمان ، والمسكن الفاضل ، والخادم الفاضل يساوي مائتي درهم ، فهو غني في حق حرمة أخذ الزكاة والوقف ، وإن لم يكن غنياً في حق وجوب الزكاة ، وهذا مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى .

١١١٢٢ - وإن كان له أرض تساوي مائتي درهم ، وليس يخرج له من غلتها ما يكفيه ، قال أبو يوسف : هو غني لا يعطى من الزكاة والوقف ، وهو قول هلال ، وقال محمد بن سلمة ومحمد بن مقاتل الرازي : هو فقير ، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى : إذا كان لا يخرج من الغلة ما يكفيه لنقصان في الأرض ، فهو فقير ، وإن كان نقصان الغلة لقلة تعاهد منه

الأرض وقصوره [في القيام] عليها، فهو غني.

فإن كان له مال غائب عنه، أو كان على الناس ديون، وهو لا يقدر على أخذه، حل له أخذ الزكاة والوقف، وإن كان يقدر على الاستقراض، والاستقراض خير له من قبول الزكاة والوقف. ومع هذا لو قبل الزكاة والوقف والحالة هذه، لا تكره؛ لأن حكمنا ماله الغائب، والدين الذي لا يقدر على أخذه كأن لم يكن، ولو لم يكن له مال، وهو يقدر على الاستقراض، فلم يستقرض، وأخذ الزكاة والوقف، أليس أنه لا يكره؟ كذا هنا.

١١١٢٣ - والفقير المكتسب لا بأس أن يأخذ من غلة الوقف، وإن كان لا يحل له الزكاة؛ لأن باب الوقف أوسع، ألا ترى أنه لا يجوز أخذ الزكاة لفقراء بني هاشم، ويجوز لهم أخذ غلة الوقف إذا سموا في الوقف.

١١١٢٤ - وإن كان له دين على معسر، فهو فقير، وإن كان على مليء، وهو مقر به، فهو مليء، وإن كان منكرا، وله بينة، فكذلك، وإن لم يكن له بينة، فهو فقير.

١١١٢٥ - رجل قال: أرضي صدقة موقوفة على فقراء قرابتي، وفيهم رجل فقير يوم مجيء الغلة، فاستغنى قبل أن يأخذ حصته، فله حصته؛ لأن الملك قد وجب له يوم مجيء الغلة، ألا ترى أن [من] مات بعد مجيء الغلة قبل أخذ نصيبه، لا يبطل نصيبه؟ وإنه لا يبطل، ها هنا.

١١١٢٦ - فإن جاءت امرأة من قرابته بولد لأقل بعد مجيء الغلة لأقل من ستة أشهر، فلا حصة لهذا الولد في هذه الغلة؛ لأن الاستحقاق بصفة الفقر مع صفة القرابة، وصفة الفقر غير ثابت للحمل؛ لأن الفقر هو الحاجة، ولا حاجة للحمل إلى شيء، وإنما يثبت له صفة الفقر بالانفصال عن الأم، فهو كواحد من قرابته كان غنيا يوم مجيء الغلة، ثم افتقر بعد ذلك، لا يستحق من هذه الغلة شيء، كذا هنا.

١١١٢٧ - ولو قال: على من كان فقيرا من نسل فلان، وليس في نسل فلان إلا فقير واحد، فله جميع الغلة؛ لأن كلمة من مبهمة تصلح كناية عن الجماعة وعن الواحد، قال الله تعالى: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ يَسْتَمِعُ إِلَيْكَ﴾(1) ذكر الاستماع بلفظ الوحدان، ثم قال: ﴿وَجَعَلْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ أَكِنَّةً أَنْ يَفْقَهُوهُ﴾(2)، بخلاف ما لو قال: على فقراء بني فلان.

١١١٢٨ - لو قال: على فقراء آل فلان، وليس فيهم إلا فقير واحد، فله نصف الغلة،

(1) سورة محمد، الآية ١٦.

(2) سورة الأنعام، الآية ٢٥.

لأنه نص على صيغة الجمع هنا، وأقل ما يطلق عليه اسم الجمع في هذا الباب المثنى، فصار موجباً لهذا الواحد نصف الغلة.

١١١٢٩ - إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على فقراء ولد عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، ووقف رجل آخر أرضه على مثل ذلك، ومن أولاد عمر فقراء، فأي الغلتين أدركت، فهي لهم.

١١١٣٠ - وإن أدركت إحدى الغلتين، فأصاب كل واحد منهم من تلك الغلة مائتي درهم فصاعداً، ثم أدركت الغلة الأخرى، وعندهم ذلك، فلا حق لهم في الأخرى؛ لأن صفة الفقر قد بطلت قبل مجيء الغلة الأخرى.

ولو أدركت الغلتان معاً، كانتا لهم، وإن كان نصيب كل رجل منهم من كل ما يصير به غنياً؛ لأن صفة الفقر قائمة عند الغلتين، وهو نظير ما أوصى به رجلان، كل واحد منهما بثلث ماله لفقراء ولد عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، فوقع على الرجلين بيت، وماتا، فثلث كل واحد منهما لفقراء ولد عمر، وإن كان ثلث كل واحد منهما يغنيهم.

وكذلك لو كان الواقف رجلاً واحداً، وقد وقف أرضين في وقتين مختلفين، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا كان بين رجلين أخوان لأب وأم، وقفا على فقراء قرابتهما، فجاء فقير واحد من القرابة، ينظر إن كانا وقفا أرضاً مشتركاً بينهما، يعطى هذا الفقير قوت واحد؛ لأن هذا وقف واحد.

وإن وقف كل واحد أرضاً على حدة، يعطى من كل واحد قوته على حدة، والمراد من القوت في حسن هذه المسائل الكفاية، فإن كان الوقف أرضاً، يعطى كفاية سنة بلا إسراف ولا تقتير؛ لأن غلة الأرض إنما تحصل بالسنة، وإن كان الوقف حانوتاً، يعطى كفاية كل شهر؛ لأن غلة الحانوت تحصل كل شهر.

١١١٣١ - وإذا وقف على فقراء قرابته، فجاء رجل يدعي الغلة، ويدعي أنه قريب الواقف، وأنه فقير، كلف إقامة البينة على القرابة، وعلى أنه فقير محتاج إلى هذا الوقف، وليس له أحد يلزمه نفقته. والقياس أن لا يكلف إقامة البينة على الفقر؛ لأن الأصل في الإنسان الفقر؛ لأنه خلق وهو عديم المال، واستحساناً قلنا: يكلف إقامة البينة على ذلك؛ لأن الاستحقاق بالفقر الأصلي استحقاق بالظاهر واستصحاب الحال، وأنه لا يصلح حجة للاستحقاق، ثم شرط مع إقامة البينة على الفقر إقامة البينة على أنه ليس له أحد يلزمه نفقته؛ لأنه [لا يعتبر] غنياً بهذا، المنفق في حكم الوقف، وفيه كلمات كثيرة، تأتي بعد هذا - إن شاء

الله تعالى -.

فإن أقام البينة على أنه فقير محتاج إلى هذا الوقف، وليس له أحد يلزمه نفقته، أدخله القاضي في الوقف، واستحسن هلال أن لا يدخل حتى يسأل عنه في السر، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وإنه حسن، وقال أيضاً: وإن أتى ببينة أنه فقير على ما قلنا، وسأل القاضي أن يدخله في الوقف، ووافق خبر السر البينة أنه فقير، وليس له أحد يلزمه نفقته، فإن القاضي لا يدخله في الوقف حتى يستحلفه بالله ما لك مال، وإنك فقير، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وإنه حسن أيضاً؛ لأن مال الغير لا يقف عليه غيره في الحقيقة، وهو يعلم ذلك، فيستحلف عليه، وكذلك يستحلف على قول هلال بالله ما لك أحد يلزمه نفقتك، وإنه حسن أيضاً، هكذا ذكر الخصاف في وقفه.

١١١٣٢ - وإن شهد شاهدان على فقره، وأخبر عدلان في السر أنه غني، فخبر الغنى أولى؛ لأنه مثبت، ولأن المخبر عن الغناء يعتمد معظمه الأحوال، قال هلال: والخبر في هذا الباب والشهادة سواء؛ لأن هذا ليس بشهادة على الحقيقة، بل هو خبر.

١١١٣٣ - وإن شهد الشهود أن لا نعلم [له] أحداً تلزمه نفقته، يكتفى به، ولا يكلف الشاهدان بقطع القول أنه ليس له أحد ينفق عليه، كما في الميراث إذا شهدوا أنا لا نعلم له وارثاً غيره، يكتفى به، ولا يكلف الشاهدان بقطع القول أنه ليس له وارث غيره.

١١١٣٤ - وإذا أراد الرجل إثبات قرابة ولده وفقره في الوقف، فله ذلك إن كان صغيراً؛ لأن له ولاية عليهم بخلاف الكبار، فإنهم يثبتون فقرهم بأنفسهم؛ لأنه لا ولاية لغيرهم عليهم، ووصي الأب في هذا بمنزلة الأب، فإن لم يكن لهم وصي، ولا وصي الأب، ولهم أم أو أخ، أو عم، أو خال، فلهؤلاء إثبات قرابة الصغير وفقره إذا كان الصغير في حجره استحساناً؛ لأن هذا محض منفعة في حق الصغير، فصار كقبول الهبة في حق الصغير، ولهؤلاء قبول الهبة على الصغير إذا كان الصغير في حجره، إلا أن بين قبول الهبة وبين إثبات الفقر بنوع فرق، فإن غير الأب يقبل الهبة على الصغير وإن كان الأب حياً، ولا يثبت قرابة الصغير وفقره إذا كان الأب حياً، والفرق أن الهبة ربما تفوت لو انتظر مجيء الأب، بأن يرجع الواهب عما أوجب، أو يقوم من مجلسه، فيبطل الهبة لو انتظر حضور الأب، وهنا لو انتظر حضور الأب لا يفوت على الصغير شيء؛ لأن الأب إذا حضر يثبت قرابة الصغير وفقره في الأزمنة الماضية، فيستحق الغلات الماضية.

١١١٣٥ - ثم إن كان الأم أو العم أو الأخ موضعاً لوضع الغلة لديهم، فيما يقتضي

الصغير من الغلة يدفع إليهم، ويؤمرون بالإنفاق عليه، وإن لم يكن موضعاً لذلك، يوضع في يدي رجل ثقة يؤمر بالنفقة عليه.

١١١٣٦ - في «النوازل»: إذا وقف على فقراء قرابته، فأراد بعض الفقراء [من قرابته] أن يحلف البعض ما(١) هم أغنياء، إن ادعوا عليهم دعوى صحيحة، بأن ادعوا عليهم مالاً يصيرون به أغنياء، كان لهم أن يحلفوهم؛ لأنهم ادعوا عليهم معنى لو أقروا بذلك يلزمهم، فإن كان القيم يميل إليهم، فأراد هؤلاء يحلفوا القيم بالله ما يعلم أن هؤلاء أغنياء، ليس لهم ذلك؛ لأنه لو أقر بذلك لم يلزم أولئك شيء، فهذا أنكر لا يستحلف.

١١١٣٧ - وإذا أثبت الرجل قرابته وفقره عند قاضي، ثم جاء يطلب وقفاً آخر، لا يكلف إعادة البينة على الفقر؛ لأنه ثبت فقره في وقف، ومن كان فقيراً في وقف، كان فقيراً في كل وقف، وكذلك لو أثبت قرابته من الواقف في وقفه، ثم جاء يطلب وقف أخيه، لا يكلف إعادة البينة على القرابة إذا كان الثاني أخ الأول لأبيه وأمه؛ لأنه إذا كان قريب أحد الأخوين كان قريب الأخ الآخر ضرورة، وكذلك لو جاء أخ المقضي له لأبيه وأمه، لا يكلف إعادة البينة على القرابة من الواقف؛ لأن ذلك ثبت ضرورة ثبوت قرابة الأول.

وكذلك لو أثبت رجل في وقفه أنه من بني العباس، لا يحتاج إلى إثبات نسبه في وقف آخر، وكذلك على هذا سائر القرابات.

١١١٣٨ - ولو أقام رجل بينة عند القاضي أن القاضي الذي كان قبله قضى بقرابته وفقره قبل هذا بمدة، استحق الغلة، وإن طالت المدة، في القياس؛ لأن الفقر قد ثبت، فيحمل على ذلك حتى يحدث غيره استحساناً، وقلنا: إن القاضي يسأله إعادة البينة إذا طالت المدة على أنه فقير، وهذا لأن الإنسان لا يبقى على حالة واحدة زماناً طويلاً، هذا هو الظاهر، وإنما يعتبر الفقر في كل سنة عند حدوث الغلة [فمن كان فقيراً قبله استحق تلك الغلة، ومن افتقر بعد ذلك لا يستحق من تلك الغلة](٢) إنما يستحق من غلة أخرى.

١١١٣٩ - فإذا قضى القاضي أنه فقير، ثم جاء بعد ذلك يطلب الغلة، وهو غني، وقال: إنما استغنيت بعد حدوث الغلة، وقال شركاؤه: لا، بل استغنى قبل حدوث الغلة، فالقياس أن يكون القول قوله؛ لأنا عرفنا فقره، وكان الغناء في حقه حادثاً، فيحال به على أقرب الأوقات، وفي الاستحسان القول قول الشركاء، ويحكم الحال حكماً على ما مضى،

(١) وفي ب، م، ت: بأنهم أغنياء.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

على ما عرف في كثير من المسائل.

ولو لم يكن القاضي قضى بفقره، فجاء يطلب الغلة، وهو غني، وقال: إنما استغنيت بعد مجيء الغلة، لا يقبل قياساً واستحساناً.

وإن جاء يطلب الغلة، ويدعي أنه فقير، وقال الشركاء: إنه غني، وأرادوا استحلافه، فلهم ذلك، يحلفه القاضي بالله ما هو اليوم غني عن الدخول في هذا الوقف مع فقرائهم، وعن أخذ شيء من غلته.

١١٤٤٠ - وإذا شهد الشهود على فقره، وكان ذلك بعد حدوث الغلة، لم يدخل في تلك الغلة، وإنما يدخل في الغلة الثانية، إلا أن يوقتوا الفقر، ويكون الفقر قبل حدوث الغلة، فحينئذ ثبت حقه في تلك الغلة.

١١٤٤١ - ولو أن رجلاً أثبت فقره عند القاضي في وقف، فجاء رجل، وعليه دين، وأراد حبسه عند القاضي، فقال للقاضي: إنك قد قضيت بفقري، فلا تحبسني. فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك؛ لأن فقر الوقف دون إعدام الدين، فإن من كان له مسكن وخادم، وثياب البدن، يستحق الوقف، وفي الدين مثل هذا لا يكون معدماً.

١١٤٤٢ - ولو ثبت إعدامه في الدين، فجاء يطلب الوقف، فالقاضي لا يكلفه البينة على الفقر؛ لأن الإعدام فوق الفقر، وثبوت الأعلى يغني عن ثبوت الأدنى[١].

١١٤٤٣ - إذا شهد القرابة بعضهم لبعض في الوقف بالفقر، لا تقبل إذا شهد كل فريق لصاحبه؛ لأنهم يشهدون مالاً مشتركاً، وإن كان الشهود أغنياء، فشهدوا القرابة لرجل من قرابته بقرابته وفقره، ذكر الخصاف في وقفه في باب الوقف على فقراء القرابة أنهم إذا لم يجروا إلى أنفسهم منفعة بشهادتهم، ولم يدفعوا عن أنفسهم بذلك مضرة، قبلت شهادتهم، وذكر هو في باب قبل هذا الباب متصل به.

١١٤٤٤ - لو شهد رجلان من صحت قرابتهما لرجل أنه قرابة الواقف، وفسّروا قرابته أن ذلك جائز. فإن لم يعدل شهادتهما، ورد القاضي شهادتهما، فللذي شهد له بقرابة الواقف أن يدخل معهما فيما يصل إليهما من مال الواقف، ويشاركهما في ذلك.

١١٤٤٥ - ذكر هلال في وقفه: إذا شهد رجلان أجنبيان بقرابة رجل من الواقف، وشهد قريبان بفقره، قبلت شهادتهما من غير تفصيل.

١١٤٤٦ - قال هلال في وقفه: لو أقر رجل من القرابة أن كان غنياً، ثم جاء يطلب

---

(١) وفي ظ: [illegible] عن إثبات الأدنى.

الوقف، وقالوا: أنا فقير، وإنما افتقرت قبل حدوث الغلة، لا يقبل قوله، وإن كان مخبراً بمحتمل؛ لأنا قد علمنا غناه، ولم نعلم فقره بعد ذلك قبل حدوث الغلة بمجرد قوله، ولا يجعل الحال حكماً؛ لأن تحكيم الحال عمل بنوع ظاهر، والظاهر لا يستحق به شيء.

وإن شهد الشهود أنه أنفق ماله قبل حدوث الغلة، استحق الغلة، وإن قالوا: نخاف أو اتهمه القاضي بالتلجئة [لا يعطيه] إذا كان ما يلجئه يصل بعد إليه.

١١١٤٧ - وإذا كانت امرأة فقيرة، ولها زوج غني لا يعطى من الوقف؛ لأن نفقتها على زوجها، والزوج إذا كان فقيراً يعطى من الوقف، وإن كانت امرأته غنية؛ لأنه لا نفقة للزوج على المرأة، فلا يعد غنياً. وإذا كان لفقيره ولد كبير لا زمانة به، وهو فقير، ولهذا الولد أولاد صغار فقراء، فإنه لا يعطى أولاد الولد من الوقف، لأني أفرض نفقتهم في مال أحدهم، وأب أبوهم وهو والد القريب نصيبه، فله حظ في الوقف؛ لأنه لا نفقة له على أبيه؛ لأنه كبير لا زمانة به، وإذا كان للرجل ابن غني، وهو فقير، لا يعطى من الوقف؛ لأن نفقته على ابنه.

١١١٤٨ - الأصل في جنس هذه المسائل: أن كل من وجبت نفقته على غيره بالإجماع يعد غنياً بغنى من وجب عليه نفقته في [حق] حكم الوقف، وذلك كالابن والمولودين؛ وكل من كان في وجوب نفقته اختلاف لا يعد غنياً بغنى من وجب عليه نفقته في حق حكم الوقف. هذا هو عبارة بعض المشايخ، وعبارة بعضهم أن كل من وجب نفقته في مال إنسان، وله أن يأخذ ذلك من غير قضاء، ولا رضاء، ويقضي القاضي بالنفقة في ماله حال غيبته، ومنافع الأملاك متصلة بينهما حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه يعد غنياً بغنى المنفق في حق حكم الوقف، وذلك كالابن والمولودين والأجداد. وكل من وجبت نفقته في مال غيره بفرض القاضي، ولا يأخذ النفقة من ماله إلا بقضاء أو رضاء. والقاضي لا يقضي بالنفقة في ماله حال غيبته، ومنافع الأملاك متميزة حتى يقبل شهادة أحدهما لصاحبه لا يعد غنياً بغنى المنفق في حق حكم الوقف، وذلك كالإخوة وسائر المحارم. فعلى هذا الأصل تدور المسائل

- والله سبحانه وتعالى أعلم -

الفصل الحادي عشر

في الرجل يقف أرضه على قرابته فيجيء رجل فيدعي قرابته

١١١٤٩ - إذا وقف أرضه على قرابته قسمت الغلة على قرابته على عدد رؤوسهم، الصغير والكبير والغني والفقير فيه على السواء؛ لأن اسم القرابة يتناولهم على السواء، والاستحقاق بهذا الاسم. فإن جاء رجل يدعي أنه من قرابة الواقف، فإن كان الواقف حيًّا، فهو على خصمه يثبت عليه قرابته منه؛ لأن الوقف والغلة في يده، فالمدعي يدعي عليه حقًا فيما في يده، وهو يمنعه عنه، فينتصب خصمًا له.

١١١٥٠ - وإن كان الواقف ميتًا فخصمه وصيه الذي الوقف في يده، والحجة فيما عليه ما ذكرنا؛ ولأن القيم قائم مقام الميت بإقامة الميت إياه مقام نفسه، فينتصب خصمًا للمدعي كالميت. وإن كان له وصيان أو أكثر، فادعى المدعي على أحدهم جاز، ولا يشترط اجتماعهم.

١١١٥١ - ولا يكون وارث الميت خصمًا للمدعي في ذلك إلا أن يكون متوليًا، وكذلك أرباب الوقف لا يكونون خصمًا للمدعي، أما أرباب الوقف؛ لأنه لا ملك لهم، إنما لهم مجرد الحق، ألا ترى أن المرتهن لا ينتصب خصمًا فيمن يدعي عين الرهن؟ وإنه لا ينتصب لأنه لا ملك له في عين الرهن [وأما الوارث فلأنه لا ملك له في عين الوقف، والوقف] ليس في يده، فإذا[1] حضر القيم، وجاء بشاهدين، شهدا على أنه قريب هذا الواقف، فالقاضي لا يقبل شهادتهما حتى يشهدا بنسب معلوم، فشهدا أنه أبوه، أو أخوه، أو عمه أو ابن عمه، أو ما أشبه ذلك، [وينبغي مع ذلك][2] أن يبينوا أنه أخوه لأبيه وأمه، أو لأبيه، أو لأمه، والجواب في هذا نظير الجواب في فصل الميراث، إذا شهد الشهود بوراثة رجل. وكذلك على هذا إذا وقف على نسله فجاء رجل يدعي أنه من نسل الواقف، فأقام على ذلك بينة لا يقبل شهادتهم ما لم يبينوا أنه ولده لصلبه، أو ولد ابنه، أو ولد ابنته، أو ما أشبه ذلك.

فإن فسروا القرابة، وقالوا: لا نعلم له قريبًا آخر سوى هذا القريب، فالقاضي يعطيه

---

(١) وفي ب و م: فإن.

(٢) هكذا في نسخة ط.

الغلة، وإن لم يقولوا ذلك، فالقاضي يتأنى ويتلوم زمانًا، فإن طال ذلك، ولم يظهر له قريب آخر قال: أستحسن أن أعطيه الغلة وآخذ منه كفيلا، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يؤخذ منه كفيل كما في الميراث.

فإن قال الشهود: له قرابة غيب، فالقاضي يفرز أنصباءهم، فإن قال الشهود: لا ندري عددهم كم هم، ينبغي للقاضي أن يقول لهم: احتاطوا، ولا تشهدوا إلا تيقنتوا به، فيقولوا: لا نعلم له قرابة أخرى سوى كذا وكذا.

١١١٥٢ – وإن أقام مدعي القرابة شاهدين شهدا أن فلانًا القاضي قضى أن هذا قريب الواقف، وأنه من قرابته، قال هلال: ينبغي للقاضي أن يسألهما عن تفسير القرابة، فإن [فسروا قرابة يستحق بها الوقف، أعطاه، وإلا فلا يعطيه شيئًا. فإن لم يفسروا الشهود، وقد ماتوا، أو غابوا، فالقاضي يسأل المدعي ويستفسره القرابة، فإن][1] ذكر قرابة لا يستحق بها الغلة، لا يعطيه شيئًا، وإن ذكر قرابة يستحق بها يعطيه. وليس هذا نقضًا لقضاء القاضي الأول، [لأن القاضي الأول] قضى بكونه قريب الواقف فقط، ولا ينقض هذا القضاء، ولكن ليس كل قريب يستحق الوقف، حتى لو قضى القاضي له بالغلة، أو قضى بأنه موقوف عليه، فإن القاضي الثاني يمضيه، ويعطيه الغلة.

١١١٥٣ – وإن لم يفسر المدعي القرابة أيضًا، أو كان صبيًا، قال هلال: القاضي يعطيه الغلة، ويحمل قضاء القاضي الأول على الصحة، وعلى أنه قضى بقرابة يستحق بها. وقاسه على مسألة، ذكرها محمد في «الزيادات»: أن مدعي الميراث إذا أقام بينة عند القاضي، أن قاضي بلد كذا قضى بأني وارث فلان الميت، ولم يزد الشهود على هذا، فهذا القاضي يجعله وارث الميت، ويحمل قضاء القاضي الأول على الصحة، كذا هنا، هذا جملة ما أورد هلال في وقفه.

وذكر الخصاف في وقفه أن شهود المدعي إذا شهدوا أن قاضي بلد كذا قضى أن هذا قريب الواقف، أستحسن أن أجيز هذا، وأحمله[2] على الصحة. ولم يذكر سؤال الشهود، ولا سؤال المدعي، قال الفقيه أبو جعفر: وعندي أنه لا يقضى له بالغلة، وليس هذه المسألة في «الزيادات» لأن الوراثة متى ثبتت تستحق بها الإرث على كل حال، وأما القرابة متى ثبتت قد يستحق بها الغلة، وقد لا يستحق، فلا تكون القرابة نظير الوراثة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من «ظ» و«م» و«ب».

(٢) هكذا في جميع النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: «حمليه».

١١١٥٤ - رجل أثبت قرابته عند القاضي، وقضى القاضي بها، ثم جاء آخر، وادعى أنه قريب الواقف، فلم يجد الوصي، فأراد أن يخاصم المقضي له الأول، فإن كان الأول قد أخذ شيئًا من الغلة، فهو خصم للثاني، وإن لم يكن أخذ شيئًا من الغلة، لم يكن خصمًا للثاني، سواء قدمه إلى القاضي الذي قضى به للأول، أو قدمه إلى قاضٍ آخر.

وهذا استحسان ذهب إليه هلال، والقياس أنه إذا قدمه إلى القاضي الأول أن يجعله خصمًا كما في مسألة الوصية، فإن مدعي الوصية بالثلث إذا أقام شهودًا أن الميت أوصى له [بالثلث، وقضى القاضي له بذلك، ولم يعط شيئًا من التركة، ثم جاء رجل، وادعى أن الميت أوصى له][1] بثلث ماله، فلم يجد الوارث، فقدم هذا الموصى له، فهو خصم للثاني؛ لأنه يدعي شيئًا في ما في يده، وإن كان الأول لم يأخذ شيئًا من التركة، فإن قدمه الثاني إلى قاضٍ آخر، لا يكون خصمًا له، وإن قدمه إلى القاضي الأول جعله خصمًا له، فيجب أن يكون الجواب في القرابة كذلك.

استحسن هلال وفرق بين المسألتين، ووجهه أن الموصى له شريك الوارث، فإذا قدمه إلى قاضٍ، علم بكونه شريك الوارث، صار كما لو قدم الوارث، وأما الموقوف عليه ليس شريك الوارث، والثاني لا يدعي على الأول شيئًا، إنما يدعي على الواقف أنه قريبه، والموقوف عليه ليس بنائب عن الواقف، فلهذا لا يكون خصمًا.

١١١٥٥ - ولو أن رجلاً أثبت قرابته من الوقف، وفسر القرابة، وقضى القاضي له بالغلة، ثم جاء آخر، وأقام بينة أنه ابن المقضي له الأول، فإنه يقضى له بالغلة، ولا يحتاج أن يفسر قرابته من الواقف؛ لأن الأول أثبت قرابته من الميت، فإذا أثبت الثاني أنه ابن الأول كان ابن الأول[2] بتلك القرابة ضرورة، وكذلك لو كان المقضي له الأول امرأة، وباقي المسألة بحالها.

١١١٥٦ - وإن أقام الثاني بينة أنه أخ المقضي له الأول لأبيه، فالقاضي إن قضى للأول بقرابته من قبل أبيه، قضى للثاني، وإن قضى للأول بقرابته من أمه كان الثاني أجنبيًا عن الوقف. وعلى هذا يخرج جنس هذه الشهادة.

شهادة ابني الواقف أن هذا الرجل قريب والدهما مع تفسير القرابة مقبولة؛ لأنه لا تهمة في هذه الشهادة.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي حاشية نسخة م: كان ابن الميت مثلاً من كان ابن الأول.

١١٥٧ - ولو ادعى قوم أنهم قرابة الميت، وشهد بالقرابة بعضهم لبعض؛ بأن شهد شاهدان لاثنين منهم أنهما قرابة الواقف، وفسرا ذلك، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين أنهما قرابة الواقف، لا تقبل شهادتهم؛ لأن كل فريقين شهد لفريق الآخر ما له فيه شركة، لأن ما من جزء من أجزاء المال يثبت لأحد الفريقين إلا وللفريق الآخر فيه [حق] (١) الشركة. وإن كان القاضي قد قضى بشهادة الشاهدين الأولين، ثم شهد المقضي لهما للشاهدين؛ لا تقبل شهادتهما للشاهدين الأولين، لأنه لو قبلت وقع الشركة بين المشهود لهما وبين الشاهدين، وشهادة الشاهدين الأولين ماضية على حالها؛ لأنها تأكدت بالقضاء، فلا تبطل بخلاف الفصل الأول، وهو ما إذا لم يقض القاضي بشهادة الشاهدين الأولين حيث لا تقبل شهادتهم جملة؛ لأن هناك شهادة أحد الفريقين لم يتأكد، أما هنا بخلافه.

١١٥٨ - وإذا وقف أرضه على قرابته، فجاء رجل، وادعى أنه من قرابته، وأقر الواقف بذلك، وفسر القرابة، وقال: هذا ممن وقفت عليه، فإن كان للواقف قرابة معروفون، لا يصح إقراره؛ لأن الوقف قد ثبت للمعروفين، فهو بهذا الإقرار يريد إبطال حق المعروفين في المضي، فلا يصدق كالمريض إذا أقر أن هذا أخي، أو عمي، وله ورثة معروفون، فإنه لا يصح إقراره، كذا هنا.

وهذا إذا كان الإقرار من الواقف بعد عقد الوقف، فأما إذا أقر بذلك في عقد الوقف [بأن قال في عقد الوقف] (٢) هذا ممن وقفت عليه قبل ذلك منه؛ لأن حق الغير لم يثبت بعد، فلم يكن هذا الإقرار مبطلا حقا على أحد، بخلاف ما إذا كان الإقرار بعد عقد الوقف.

أما إذا لم يكن له قرابة معروفون فالقياس أن لا يصح إقراره؛ لأن الحق قد ثبت للفقراء، فلا يقبل قوله في تنقيص حقهم، وفي الاستحسان يقبل قوله؛ لأن الحق لم يثبت لشخص بعينه، وهو نظير المريض إذا لم يكن له ورثة معروفون، فقال لرجل: هذا أخي لأبي وأمي؛ صح إقراره، وإن كان فيه إبطال حق بيت المال، والمعنى ما ذكرنا أن الحق لم يثبت لشخص بعينه.

وإذا عرفت الجواب في إقرار الواقف بالقرابة ينبني عليه مسألة الشهادة على إقرار الواقف بالقرابة، ففي كل موضع صح إقراره قبلت الشهادة على إقراره، وفي كل موضع لا يصح إقراره لا تقبل الشهادة على إقراره.

(١) هكذا في نسخة م.

(٢) هكذا في نسخة م.

١١١٥٩ - قال: وإذا وقف على ولده وولد ولده، ثم أقر [الرجل] أنه ابنه، فإنه لا يصدق في الغلات الماضية؛ لأنها صارت حقاً لمعروفين، ويصدق في الغلات المستأنفة؛ لأن النسب ثبت بإقراره، فعند الاستحقاق هو وسائر الورثة على السواء في النسب.

١١١٦٠ - وإذا وقف على قرابته، وجاء رجل يدعي أنه من قرابته، وأقام بينة، فشهدوا أن الواقف كان يعطيه مع القرابة في كل سنة شيئاً، لا يستحق بهذه الشهادة شيئاً، وكذلك لو شهدوا أن القاضي فلاناً كان يدفع إليه مع القرابة في كل سنة شيئاً، ولا يكون دفع القاضي حجة؛ لأنه يحتمل أن القاضي قضى على ظن قرابته بإقراره.

ومما يتصل بهذا الفصل

معرفة قرابة الواقف الذين يستحقون الوقف

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: هي كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أبيه، وكل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أمه، المحرم وغير المحرم والقريب والبعيد والجميع والفرد في ذلك سواء.

١١١٦١ - فإذا وقف على قرابته، أو على أقربائه، أو على ذوي قرابته، دخل هؤلاء تحت الوقف عندهما، وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: إن حصل الوقف بلفظ الوحدان نحو قوله: على قرابتي على ذي قرابتي، دخل تحت الوقف من كان أقرب إلى الواقف من محارمه، وإن حصل الوقف بلفظ الجمع نحو قوله: على ذوي قرابتي، على أقربائي، يعتبر مع ما ذكرنا الجمع، حتى ينصرف اللفظ إلى اثنين فصاعداً.

ويتكلم المشايخ رحمهم الله تعالى في معنى قوله: أقصى أب له في الإسلام، قال بعضهم: معناه أقصى أب له أسلم، وقال بعضهم: معناه أقصى أب أدرك الإسلام، أسلم أو لم يسلم، وثمرة هذا الاختلاف تظهر في العلوي إذا وقف على قرابته، فعلى قول من شرط إدراك الإسلام [أول أب أدرك الإسلام] أبو طالب، فيدخل تحت الوقف أولاد عقيل، وأولاد جعفر، وأولاد علي رضي الله تعالى عنهم، وعلى قول من شرط نفس الإسلام أول أب أسلم علي رضي الله تعالى عنه، فيدخل تحت الوقف أولاد علي رضي الله تعالى عنه، ولا يدخل تحت الوقف أولاد عقيل وأولاد جعفر.

١١١٦٢ - وقال هلال: القرابة إلى ثلاثة آباء، ومن انتسب إلى واحد من الآباء [الثلاثة] يدخل في الوقف، ومن لا فلا، ومالك قصر القرابة إلى [أربعة آباء].

وإنما اعتبر أبو يوسف ومحمد أقصى أب له في الإسلام؛ لأنه لا وجه إلى صرف الوقف إلى القرابة العامة؛ لأنه يدخل تحت الوقف من كان في الجاهلية؛ لأن جميع الناس أقرباؤه؛ لأن الناس [كلهم] أولاد آدم ونوح عليهما السلام، فلو دخلوا تحت الوقف لا يصيب كل واحد منهم شيئًا منتفعًا [به] ونحن نعلم أن قصد الواقف إيقاع الموقوف عليه، أما لو اعتبرنا أقصى أب له في الإسلام، يصيب كل واحد منهم شيئًا منتفعًا، فلهذا اعتبرنا ذلك. وإنما سوينا بين القريب والبعيد، والمحرم وغير المحرم؛ لأن الاستحقاق باسم القريب، وهذا الاسم يتناول الكل. وإنما سوينا بين الفرد والجمع؛ لأن الاستحقاق باسم [القرابة] والقريب، وأنه اسم جنس، واسم الجنس ينصرف إلى الواحد مع احتمال الجمع.

وأما أبو حنيفة رضي الله تعالى: إنما اعتبر الجمع فيما إذا حصل الإيقاف بلفظ الجمع عملا بحقيقة اللفظ، وإنما اعتبر القرابة المحرمة للنكاح؛ لأن مقصود الواقف صلة القرابة، فالظاهر أنه يريد [به] قرابة يفترض وصلها، وإنما اعتبر الأقرب فالأقرب؛ لأن القرابة مشتق من القرب، فمن كان أقرب كان أولى بصرف اللفظ إليه.

١١١٦٣ - بيان جملة ما ذكرنا إذا كان للواقف عمان وخالان، وقد حصل الإنفاق بلفظ الجمع، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الغلة للعمين؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب، وقرابة العم أقرب من قرابة الخال، ولهذا كان الميراث للعم دون الخال، واسم الجمع يطلق عليهما، وعندهما الغلة للعمين والخالين أرباعًا؛ لأنهما لا يعتبران الأقرب، لما ذكرنا أن اسم القرابة يتناول الكل.

١١١٦٤ - ولو كان له عم واحد وخالان، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه للعم نصف الغلة، والنصف بين الخالين نصفين؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر الأقرب، وقرابة العم أقرب، فكان للعم التقدم؛ لأن العم الواحد [لا يستحق] أكثر من نصف الغلة إذا كان الإيقاف بلفظ الجمع عنده؛ لأن استحقاق الكل عنده في هذه الصورة معلق لوجود الجمع، والواحد ليس بجمع، لابد وأن ينقص من الكل شيئًا، وأعلى ما يستحق الواحد مع غيره النصف، وإنما اعتبرنا الأعلى وهو النصف؛ لأنه إنما ينتقص حقه عن النصف إذا كثر المزاحم، فلا نهاية على الواحد، فلا يعتبر المزاحم أكثر من الواحد. وإذا أخذ العم نصف الثلث، خرج هو من البين، وصار الواقف في النصف الثاني كأنه لا عم له، فيكون بين الخالين. وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الغلة بين العم والخالين بالسوية لما قلنا؛ لأنهما يعتبران الأقرب، ولا يعتبران الجمع.

ثم اختلف المشايخ رحمهما الله تعالى على قول أبي يوسف ومحمد، بعضهم قالوا: إنما يصح الوقف لقرابته إذا كان من يجمعه، وإياه أب له في الإسلام لا يحصون عن حد الإحصاء، وعامة المشايخ على أن الوقف صحيح على كل حال؛ لأن هذا وقف أريد به وجه الله، وهو صلة القرابة، فيصح على كل حال.

فبعد ذلك إن كانوا يحصون، فالغلة بينهم على السوية، لا يفضل البعض على البعض، وإن كانوا لا يحصون، صار كأنه وقف على الفقراء، فعلى قول أبي يوسف جاز صرف جميع الغلة إلى الواحد منهم، بناء على أن الفقراء عنده اسم جنس، وعند محمد لا يجوز أن يعطى دون الاثنين بناء على أن عنده الفقراء اسم جمع، وأقل الجمع في هذا الباب المثنى، أصل هذا الاختلاف في الوصايا.

١١١٦٥ - ولا يدخل في هذا الوقف ولد الواقف، ولا والداه؛ لأن اسم القريب لا يتناولهما، قال الله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾(١) عطف القريب على الوالد، والشيء لا يعطف على نفسه، ولأن اسم القريب ينبئ عن القرب، وبين الوالدين والمولودين بعضية، والبعضية تنبئ عن الاتحاد دون القرب.

١١١٦٦ - ويدخل في هذا الوقف الجد والجدة، وولد الولد؛ لأن اسم القريب يتناول عليهم، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنهم لا يدخلون، والذي ذكرنا في قوله: لأقربائه ولذي قرابته، وكذا في قوله: لأرحامه ولذوي أرحامه، ولأنسابه، ولذوي أنسابه؛ لأن المعنى يجمع الكل.

١١١٦٧ - ولو وقف على ذوي قرابته، أو على قرابته، فالقياس أن تكون الغلة لواحد من قرابته، حتى أنه إذا كان له عم وخالان، فالغلة كلها للعم؛ لأن اللفظ فرد بصيغته، وفي الاستحسان الوقف عليهم؛ لأنه يراد به الجنس، وقد يراد به الفرد، فكأنه عمهم، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: هذه المسألة يجب أن تكون على الخلاف، على قياس مسألة الوصية.

١١١٦٨ - وصورة مسألة الوصية: إذا أوصى بثلث ماله لهذا، ولهذا، ولأحد من بني فلان، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إن الوصية باطلة؛ لأنها وقعت لمجهول، وعلى قول محمد الوصية جائزة، وللورثة الخيار؛ لأنهم قائمون مقام المورث، وعلى قول أبي يوسف: الثلث لهما؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فعلى قياس تلك المسألة: يجب أن

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٠.

تكون الغلة للكل على قول أبي يوسف، وعلى قول محمد، يجوز إعطاؤها للواحد، وقول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: يجب أن يكون كقول محمد؛ لأنه جعل الوصية للواحد، حتى قال: الوصية وقعت لمجهول.

١١٦٦٩ - ولو كان وقف على [ذوي] قرابته، أو أقربائه، أو أنسابه، أو أرحامه الأقرب فالأقرب، فإنه يدخل تحت الوقف الأقرب فالأقرب، ولا يعتبر الجمع بالاتفاق؛ لأن قوله: الأقرب فالأقرب خرج تفسيراً لصدر الكلام، فيكون العبرة له، وإنه اسم فرد، فيتناول الواحد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والأقرب فالأقرب عندهما.

وعما يتصل بهذا الفصل أيضاً:

١١٦٧٠ - إذا وقف على أقرب الناس [منه، أو] إليه [ومن بعده على المساكين، وله ابن، أو أب، دخل تحت الوقف؛ لأنه أقرب الناس إليه][١]، ولو كان وقف على أقرب الناس من قرابته، لا يدخلان تحت الوقف؛ لأن في الفصل الثاني اعتبر الأقرب من قرابته، وابنه وأبوه ليسا من قرابته، وفي الفصل الأول اعتبر الأقرب إليه، والابن أقرب إليه.

١١٦٧١ - وإن كان له ابن وأبوان، فالغلة للابن؛ لأن الابن أقرب إليه، وكذلك الابنة، فإذا مات الابن أو الابنة، [كانت الغلة للمساكين][٢]، ولا تكون للأبوين؛ لأنه جعل ذلك للأقرب، ولم يجعل الأقرب فالأقرب.

١١٦٧٢ - وإن كان له أبوان لا غير، كانت الغلة بينهما نصفان، فإن مات أحدهما، قال: للحي النصف، والنصف الآخر للمساكين، وكذلك الأولاد إن كانوا عدة، ومات أحدهم، كانت حصته للمساكين، وإن كان للواقف أم وإخوة، كانت الغلة للأم دون الإخوة، وكذلك إن كان للواقف أم وجد؛ [لأن الأم أقرب من الجد ومن الإخوة، والأب أيضاً أقرب. وإن كان الجد أب أب وأخوة][٣]، فالغلة للجد في قول من يرى الجد بمنزلة الأب، وفي قوله الآخر للإخوة دون الجد، فإن كان له ثلاثة إخوة متفرقين، فالغلة للأخ لأب وأم، وإن كان له أخ لأب، فالغلة لهما جميعاً، ولا ينظر في ذلك إلى الوارث، وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٣) هكذا في "ف"، وكان في نسخة "ظ": وإن كان جداً أبو أب وإخوة.

عند الأخ لأب أولى

١١١٧٣ - ولو كان له أب وابن ابن، فالغلة للأب دون ابن الابن، فإن كان له أخ لأب وأمه وابن ابن، كانت الغلة لابن الابن، فإن كانت له بنت بنت، وله ابن ابن من أسفل من عنده، كانت الغلة لبنت البنت، وكذلك الوجوه في هذا كله.

ولو كان له أخت لأب وأم، وبنت بنت بنت، فبنت بنت البنت أولى؛ لأنها أقرب؛ لأنها من صلبه، والأخت من صلب أبيه، ولا يعتبر الإرث، ألا ترى أنه لو كان له مولى العتاقة، فبنت البنت أولى في الوقف، وإن كان مولى العتاقة مقدماً على بنت البنت في الميراث، فالحاصل أنه يبدأ بولد الواقف، ثم بولد الأب، ثم بولد الجد، وإن كان له بنت الأخ، وبنت الأخ لأمه أو لأب وأم، عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الجد أولى. وعندهما بنت الأخ أولى، ولو كان مكان بنت الأخ بنت البنت، فهي أولى بالاتفاق.

ولو كان له ابن أخ لأب وأم، وأخ لأب أو لأم، فالغلة للأخ، وإن كان له ابن أخ لأب، وابن أخ لأم، فعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: الغلة لابن الأخ، وعندهما الغلة بينهما، وجنس هذه المسائل في وقف الخصاف في باب الرجل يقف أرضه على قرابته يبدأ بالأقرب منهم.

١١١٧٤ - ولو قال: أرضي صدقة في القرابة، أو على القرابة، ولم يقل: على قرابتي، قال: هما سواء، ويكون ذلك لقرابته، وكذلك لو قال: للأقارب، أو للأنساب، أو لذوي الأرحام، ولم يضف إلى نفسه، يكون ذلك على قرابته لمكان العرف، ولأن معهوداً في إنسان قرابته، والألف واللام لتعريف المعهود.

١١١٧٥ - ولو قال: على قرابتي من قبل أبي وأمي، أو قال: على قرابتي من أمي، فهو على ما قال، ويقسم الغلة عليهم على عدد رؤوسهم.

ولو قال: على قرابتي من قبل أبي وأمي، فالغلة تقسم على عدد رؤوسهم، يستوي فيه من كان من قبل أبيه وأمه، ومن كان من قبل أبيه، ومن كان من قبل أمه، ولا يجمع قرابته من قبل أبيه وأمه.

ولو قال: بين قرابتي من قبل أبي، وبين قرابتي من قبل أمي، فنصف الغلة يكون لقرابته من قبل أبيه، ونصفه يكون لقرابته من قبل أمه خاصة، ألا ترى أن من قال: أوصيت بثلث مالي بين زيد وعمرو، فإذا أحدهما ميت، فللحي منهما كل الثلث.

١١١٧٦ - ذكر الخصاف في وقفه: إذا وقف على قرابته الأقرب فالأقرب، ومن بعدهم على المساكين، فالغلة كلها للأقرب قرابته منه واحداً كان أقربهم، أو أكثر من ذلك، ويقسم

عليهم على عدد رؤوسهم، فإن قال بعضهم: لا أقبل هذا، وقبل بعضهم، كانت الغلة لمن [قبل منهم، وسقط من لم يقبل منهم، فإن مات هؤلاء الذين كانوا أقرب إليه، كانت الغلة لمن][1] يليهم، وكذلك كلما انقرض قوم ممن هو أقرب إليه كانت الغلة لمن يلي هؤلاء بطناً بعد بطن.

١١٦٧٧- وكذلك لو قال: يعطى غلة هذا الوقف أقرب الناس نسباً ورحماً، ثم الأقرب [فالأقرب] بعد ذلك. وكذلك لو قال: الأدنى فالأدنى، وكذلك إذا وقف على فقراء قرابته الأقرب فالأقرب [يبدأ بالأقرب فالأقرب]، هكذا ذكر الخصاف وهلال عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن القريب والبعيد في هذا سواء، إلا أن يقول: الأقرب فالأقرب.

ثم على ما ذكر هلال والخصاف: إذا وصيت البداية بالأقرب، يعطى مائتي درهم، ولا يعطى أكثر من المائتين، لأن المقصود من هذا الوقف الإغناء عرف ذلك بذكر الفقراء، والإغناء لا يقع بأقل من المائتين، ولا يعطى أكثر من المائتين؛ لأن الإغناء حصل بقدر المائتين، فلا حاجة إلى الزيادة.

فإن أعطي كل واحد منهم مائتي درهم، وبقي من الغلة شيء يعطى الذي يليه مائتي درهم، فإن أعطي كل واحد منهم مائتي درهم، وبقي من الغلة شيء، فالقياس أن يكون ذلك كله للأقرب فالأقرب، وهناك يعطى الأقرب كل الغلة، فهنا كذلك. وفي الاستحسان يقسم بينهم بالسوية [لأن الأصل كان مقسوماً بالسوية، فكذا الفضل يؤخذ حكمه من الأصل كما قلنا في المواريث: ما فضل من السهام يرد عليهم على قدر الأصول. ذكر هلال المسألة على القياس والاستحسان، والخصاف في جنس هذه المسألة لم يذكر القياس والاستحسان.

١١٦٧٨- وصورة ما ذكرها الخصاف: إذا كان أقربهم إليه جماعة قسمت الغلة بينهم بالسوية][2] إذا كان الذي يصيب كل واحد منهم مائتا درهم، أو أقل. وإن كان في الغلة من الفضل ما يصيب كل واحد من البطن الأعلى مائتا درهم، ويفضل عنهم، قال: يقسم الفاضل بينهم، قال: وكذلك يكون الحال في كل بطن منهم. وقال أيضاً: إذا كان قال: يبدأ بالأقرب فالأقرب مني، فيعطى من غلة هذه الصدقة من يليه، قال: يبدأ بأقربهم، فيعطى مائتا درهم، ثم يعطى الذي يليه مثل ذلك، حتى ينتهي إلى آخرهم، فإن فضل شيء من غلة هذه الصدقة، كان ذلك لهم.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

١١١٧٩ - ولو قال: على فقراء قرابتي على أن يبدأ، فيعطي جميع الغلة الأقرب فالأقرب، يعطى الأقرب كل الغلة؛ لأنه هكذا أوجب، وإنما كنا نعطيه مائتي درهم بدلالة ذكر الفقراء، ولا تترك الدلالة إذا جاء التصريح بخلافها.

ولو قال: على فقراء قرابتي، يعطى منها الأقرب فالأقرب. يعطى الأقرب مائتي درهم، ولا يعطى جميع الغلة؛ لأن الهاء في قوله: منها كناية عن جميع الغلة، فقد أوجب بعض الغلة الأقرب، فلا يعطى جميعها.

ولو قال: على أن ما أخرج الله تعالى من غلاتها يعطى الأقرب فالأقرب من قرابتي، يعطى الأقرب جميع الغلة؛ لأن حرف الهاء هنا راجع إلى الأرض دون الغلة؛ لأن الخارج يكون من الأرض، فلا يوجب تبعيضاً في الغلة - والله أعلم -.

الفصل الثاني عشر
في الوقف على أهل البيت، والآل، والجنس والعقب، والجيران وأشباه ذلك

١١١٨٠- إذا وقف أرضه على أهل بيته، دخل تحت الوقف كل من يتصل به من قبل آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام، يستوي فيه المسلم والكافر، والذكر والأنثى، والمحرم وغير المحرم، والقريب والبعيد. وهذا لأن المراد من البيت المذكور هاهنا بيت النسب، لا بيت السكنى، فكل من يجمعه ويجمع آباءه(١) بيت نسب، دخل تحت الوقف، ونسب الإنسان من قبل أبيه، وكل من يتصل به من قبل آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام، فهو من أهل بيته، ولا يدخل تحت الوقف الأب الأقصى لو كان حيًا؛ لأنه مضاف إليه، والمضاف إليه لا يدخل تحت الإضافة.

ويدخل تحت الوقف ولد الواقف؛ لأن ولد الواقف مضاف إلى أب الواقف الأكبر، وكذلك والده يدخل تحت هذا الوقف، لما قلنا.

١١١٨١- ولا يدخل تحت هذا الوقف أولاد البنات، وأولاد الأخوات؛ لأنهم لا ينسبون إلى أب الواقف الأكبر، إنما ينسبون إلى آبائهم، فصاروا من أهل بيت آخر، وكذلك لا يدخل أولاد من سواهن من الإناث، لما قلنا، إلا إذا كان زوجها من بني أعمام الواقف وعترته، فحينئذ يدخلون؛ لأنهم من أهل بيت نسبه.

١١١٨٢- والجواب فيما إذا وقف على جنسه كالجواب فيما إذا وقف على أهل بيته؛ لأن الإنسان من جنس قوم أبيه.

١١١٨٣- والجواب فيما إذا وقف على آله كالجواب فيما إذا وقف على أهل بيته؛ لأن الآل وأهل البيت يستعملان استعمالاً واحدًا.

١١١٨٤- فإن وقفت امرأة على أهل بيتها، أو على جنسها، أو على آلها، لا تدخل تحت الوقف ولدها؛ لأن ولدها لا ينسب إلى أبيها الأكبر الذي هو صاحب بيت نسبها، وكذلك ولدها لا يدخل لهذه العلة.

١١١٨٥- وإذا وقف على أهله، فالقياس أن يدخل تحت الوقف امرأته لا غير، وهو

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكذا في الأصل: أهل.

قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ذكر القياس في الزيادات، ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ثمة، وذكر هلال في وقفه قول أبي حنيفة ولم يذكر القياس، وفي الاستحسان يدخل تحت الوقف [كل من في عياله، ونفقته، ويضمه بيته، هذا هو المتعارف. ولا يدخل تحت الوقف مماليكه؛ لأن](١) مماليكه خدام الأهل، وما يجب لهم فهو للمولى، والمولى لم يدخل تحت الوقف، وأما العيال، فكل من كان في نفقة إنسان، فهو من جملة عياله، سواء كان في منزله، أو غير منزله.

١١١٨٦ - وأما الحشم فقد ذكر هلال أن الحشم بمنزلة العيال، ورواه عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، وقد قيل: إن الحشم أعم؛ يقال: للسلطان حشم كثير، إلا أن صاحب الكتاب وضع المسألة في أوساط الناس، وأوساط الناس [لا] يجمعون الجيوش، فلهذا سوى بين العيال والحشم.

١١١٨٧ - وإذا وقف على جيرانه، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الجار من يستحق الشفعة [وشرط هلال والخصاف أن يكون ملازقًا لداره، والالتزاق(٢) ليس بشرط، وإنما الشرط أن يستحق الشفعة](٣) ملازقًا، أو غير ملازق. ثم في ظاهر مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى: الشرط السكنى مالكًا [كان] الساكن أو غير مالك، وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن الشرط هو الملك دون السكنى، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الجار كل من يجمعهم مسجد المحلة، في الزيادات: قول أبي حنيفة قياس، وقولهما استحسان.

١١١٨٨ - والصغير والكبير، والمسلم والكافر في ذلك سواء؛ لأنهم في استحقاق اسم الجار على السواء، والعبيد والإماء لا يدخلون في هذا الوقف، بخلاف المكاتبين؛ لأن الجوار بالسكنى، ومسكن المكاتب مضاف إليه، بخلاف مسكن العبيد والإماء، ألا ترى أن المكاتب يستحق الشفعة، والعبد والأمة لا يستحقان الشفعة.

وقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: وما ذكر من الجواب في العبيد محمول على ما إذا كانوا [مع الموالي، فأما إذا كانوا] منفردين بأن كانوا مأذونين يدخلون تحت الوقف؛ لأن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، م وف.

(٢) وفي م: والالتزاق.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، م وف.

سكناهم في هذه الصورة يضاف إليهم، ألا ترى أن العبد المأذون يستحق الشفعة كالمكاتب.

١١١٨٩ - ومن انتقل من جوار الوقف بعد الوقف، أو استغنى، لم يكن له من الوقف شيء، وإنما ينظر في هذا إلى مكان جار الوقف يوم تقع قسمة الغلة، لا يوم حدوث الغلة، قال [هلال]: بخلاف القرابة؛ لأن الجوار يزول وينقطع بخلاف القرابة.

١١١٩٠ - ولو وقف على جيرانه، وله دار هو فيها ساكن، فانتقل منها إلى دار أخرى، وسكنها بأجر إلى أن مات، فالغلة لجيران الدار التي انتقل إليها، ومات فيها.

ولو وقف على جيرانه، ثم خرج إلى مكة، ومات فيها، قال: إن كان اتخذها داراً، فالغلة لجيرانه بمكة؛ لأن الجوار ببلده قد انقطع، وإن خرج حاجاً أو معتمراً، فالغلة لجيران بلده؛ لأن جوارهم لم ينقطع.

١١١٩١ - ولو كان له داران، وهو يسكن في إحداهما، والأخرى للغلة، فإن الغلة لجيران الدار التي يسكن فيها، وإن كان[1] في كل واحدة منها زوجة، فالغلة لجيران الدارين.

وكذلك لو كانت إحدى الدارين بالبصرة، والأخرى بالكوفة، وله في كل واحدة منهما زوجة.

١١١٩٢ - ولا يدخل في هذا الوقف ولد الواقف، وإن كان جاراً، وولد الولد يدخل إذا كان جاراً، قياساً على القرابة، ولا يدخل استحساناً؛ لأنه لا يسمى جاراً عرفاً، وكذلك زوجته لا تدخل، وأما أخوه، وعمه، وخاله يدخلون؛ لأن اسم الجار يقع عليهم.

ولو وقف على فقراء جيرانه، ومات، فباع ورثته تلك الدار، وانتقلوا إلى ناحية أخرى، فالغلة لجيرانه يوم مات، ولا يلتفت إلى بيع الورثة.

١١١٩٣ - ولو وقف على فقراء الجيران [ولم يضف الجيران] إلى نفسه بأن لم يقل: على فقراء جيراني، فهذا ومالو قال: على فقراء جيراني سواء، لما قلنا في القرابة.

وإن كان حين مرض حول ابنه إلى محلة أخرى، أو قرية، ثم مات، فالغلة لجيرانه الأولين، وليس هذا بانتقال.

١١١٩٤ - ولو أن امرأة كانت تسكن في دار، فوقفت على جيرانها وقفاً، ثم تزوجت، وانتقلت إلى بيت زوجها، وماتت فيه، فجيرانها جيران زوجها؛ لأنها تابعة للزوج في السكنى، فانقطع جوارها الأول، وكذلك [الرجل] إذا تزوج امرأة، فانتقل إليها، انقطع جواره الأول، قالوا: إن كان متاعه في داره الأولى، فالغلة للأولين؛ لأن جوارهم لم

---

(١) وفي "م": وإن كان له في ذلك واحدة منها زوجة.

وإذا وقف على أهل بيته دخل تحت الوقف من كان موجودًا من أهل بيته ، ومن يأتي بعد هؤلاء من أولادهم .

١١٢٠٠ - ولو أوصى بثلث ماله لأهل بيته ، فإن الوصية لمن كان موجودا وقت موت الموصي ، ولمن كان يولد من أهل بيته لأقل من ستة أشهر من يوم مات الموصى ، والفرق أن الوصية لا تجوز لمن لم يخلق ، والوقف يجوز .

ولو قال : وقفت على فقراء أهل بيتي ، أو قال : على من افتقر من أهل بيتي . قال الخصاف : أنظر في هذا إلى من كان فقيرًا يوم تقع القسمة ، ولا أعتبر وقت[1] طلوع الغلة ، وكذلك في كل موضع كان الوقف على الفقراء . فالخصاف يعتبر يوم القسمة ، ولا يعتبر يوم طلوع الغلة ، قال : لأن الواقف إذا ذكر الفقراء ، صار الوقف كالزكاة ، لا ينظر إلى يوم الوجوب إنما ينظر إلى يوم الأداء ، فكذا هذا .

وفرق هلال بينما إذا كان الوقف على الفقراء والمساكين وبينما إذا كان الوقف على فقراء قرابته ، فقال : إذا كان الوقف على [الفقراء والمساكين ، يعتبر الفقر يوم القسمة ، لا يوم طلوع الغلة ، وفيما إذا كان الوقف على][2] فقراء القرابة يوم طلوع الغلة ، حتى لو استغنى بعد ذلك ، يعطى نصيبه ، وإذا مات يورث نصيبه ، ولو كان غنيًا يوم طلوع الغلة ، ثم افتقر ، لا يعطى شيء .

والفرق أن في الوقف على الفقراء والمساكين الحق غير ثابت للمعين في الغلة يوم حدوثها ، ألا يرى أن للقيم أن يعطي من شاء ويحرم من شاء ! وألا يرى أن شهادة الفقيرين على الوقف على الفقراء مقبولة ! وإنما يجب الحق بالقسمة ، فيعتبر يوم القسمة . فأما في الوقف على فقراء قرابته الحق قد وجب لهم بأعيانهم ، ألا ترى أن القيم لو منع وصية أحدهم ، ضمنها له ! وألا يرى أنه لا تقبل شهادة الشاهدين من القرابة على هذا الوقف ! فعلم أن الحق قد ثبت في الغلة يوم حدوثها ، فلا يبطل هذا الحق بالموت ، أو بالاستغناء بعد ذلك .

---

(١) وفي نسخة "ف" : يوم بدلا من وقت.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل ، وأثبت هذه العبارة من نسخ "ط" و "ف" و "م"

الفصل الثالث عشر
في الرجل يقف أرضه على الفقراء والمساكين
فيحتاج أحد من ولده، أو يحتاج هو في نفسه

١١٤٠١ - إذا جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين، فاحتاج بعض قرابته، وأراد أن يعطي من تلك الغلة، فاعلم أن هنا مسألتان: إحداهما: إذا احتاج الواقف بنفسه، والحكم فيها أن لا يعطى من تلك الغلة شيء، هكذا ذكر هلال في وقفه.

قال الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله تعالى: هذا الجواب على مذهب هلال صحيح، فإن من مذهبه أن الواقف لو شرط في ابتداء الوقف أن يأكل بنفسه ما دام حيًّا، لا يصح الشرط، ولا يحل له الأكل، فكذا إذا احتاج بعد ذلك، لا يحل له الأكل، اعتبارًا للانتهاء بالابتداء.

فأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يصح؛ لأن على قوله لو شرط في ابتداء الوقف أن يأكل بنفسه، صح الشرط، وحل له الأكل، فكذا يحل له الأكل في الانتهاء إذا احتاج إليه بعد ذلك.

وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف: هذا الجواب صحيح على قول الكل؛ لأن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا شرط في ابتداء الوقف أن يأكل إنما يحل له الأكل؛ لأنه بالشرط استثنى الغلة عن حق الفقراء، فلم تزل الغلة عن ملكه إنما زالت الرقبة عن ملكه، فيصير آكلا ملك نفسه، أما ههنا الغلة زالت عن ملكه، وثبت فيها حق الفقراء، فلا يصير آكلا ملك نفسه، لو حل له الأكل حل بطريق الصدقة، ولا وجه إليه لأنه يصير متصدقًا على نفسه.

١١٤٠٢ - وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: يجوز أن يفرق بين الابتداء وبين الانتهاء، فيقال في الابتداء: إنما لا يستحق بالشرط؛ لأن الشرط خرج على وجه الفساد، وهنا الوقف قد صح بإضافته إلى الفقراء، فيجوز له التناول بحكم فقره، وهذا كما قال محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير: إذا قال الأمير: إن قتلت هذا الكافر، فلي سلبه، ثم قتله، لا يستحق السلب؛ لأن كلامه [خرج] على وجه الفساد، ومثله لو قال: من قتل قتيلا فله سلبه، فقتل الإمام بنفسه كافرا، استحق السلب؛ لأن كلامه خرج على وجه الصحة، فيستحق السلب عند وجود سببه منه.

١١٢٠٣ - المسألة الثانية: إذا احتاج بعض قرابته، فإن كان الوقف في حالة مرض الموصي، لا يعطى؛ لأن هذا في معنى الهبة، والهبة للوارث في مرض الموت لا يجوز، وكذلك إن كان الوقف في حالة الصحة، ولكن مضافًا إلى ما بعد الموت، بأن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة بعد وفاتي على المساكين، وهي تخرج من الثلث؛ لأن هذه وصية، والوصية للوارث باطلة، ويعطى ولد ولده إن لم يكن وارثًا، هكذا ذكر هلال في وقفه.

١١٢٠٤ - وذكر الخصاف في وقفه [أنه] إذا أوصى الواقف أن يجعل أرضه صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا بعد وفاته على المساكين، فاحتاج ولده، أعطاهم غلة هذه الصدقة، وليس هذا بوصية، وأجاب عن قول هلال: إن هذا وصية، فقال: ليس هذا من طريق الإيجاب.

١١٢٠٥ - وإن كان الوقف في حالة الصحة ولم يكن مضافًا إلى ما بعد الموت، ذكر في واقعات الناطفي: أن الصرف إلى ولد الواقف أفضل، ثم إلى قرابة الواقف، ثم إلى موالي الواقف، ثم إلى جيرانه، ثم إلى أهل مصره، أيهم أقرب من الواقف منزلًا، وذكر هلال في وقفه أنه يعطى أقل من مائتي درهم، وهو أولى من سائر الفقراء.

١١٢٠٦ - ولو رأى القيم أن لا يعطيه، كان له ذلك، وهو قول الفقيه أبي بكر الأعمش رحمه الله تعالى؛ لأن مقصود الواقف من الوقف الثواب، والتصدق على فقراء القرابة أكثر ثوابًا، وإليه أشار عليه الصلاة والسلام في قوله لامرأة عبد الله ابن مسعود حين أرادت أن تتصدق على زوجها: «لك أجران، أجر الصدقة، وأجر الصلة»، والدليل عليه أن في باب الزكاة يؤمر بدفع الزكاة إلى قرابته الذين يجوز الدفع إليهم أولًا، ثم إلى جيرانه، ثم إلى أهل بلده، ولكن يعطى أقل من مائتي درهم، ولو أعطى مائتي درهم يجوز، ويكره، كما في الزكاة.

١١٢٠٧ - وكان الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى يقول: لا يعطى لأحد من قرابة الواقف شيء من هذا الوقف؛ لأنه لو أعطى صيروه ملكًا بمضي الزمان[1]، فيؤدي إلى إبطال الوقف. وكان الفقيه أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى يقول: إن طلب وخاصم ونازع القيم، لا يعطى؛ لأنه إذا خاصمه في ذلك، علم أن قصده التملك، وإبطال الوقف، بخلاف ما إذا لم يخاصم ولم ينازع. وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول: إن خاصم القيم، ونازعه، لا يعطى، وإن لم يخاصمه، ولم ينازعه، يعطى، وهو أولى،

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في النسخ الباقية التي عندنا: بمرور الزمان.

ولكن لا يصرف إليه كل الغلة، بل يصرف البعض إليه، والبعض إلى الفقراء، إن كان يصرف إليه كل الغلة، فإنما يصرف إليه في بعض الأزمان، دون البعض؛ لأن في صرف الكل إليهم على الدوام إبطال الوقف معنى؛ لأنه ربما يقع عند الناس أنه ملكهم، فيشهدون له بالملك عند دعواه ذلك لنفسه.

هذا إذا وقف على الفقراء، واحتاج إليه في بعض قرابته، فأما إذا وقف على فقراء قرابته، يصرف جميع الغلة إليهم، وإن كان نصيب كل واحد منهم أكثر من مائتي درهم؛ لأن الواقف أوجب ذلك. وأما إذا وقف على الأفقر فالأفقر من قرابته، فها هنا لا يعطى الكل، إنما يعطى أقل من مائتي درهم.

١١٢٠٨ - قال هلال: وإذا وقف على الفقراء، جاز صرفه إلى ولده إذا احتاج إليه، وفرق بين الوقف وبين الزكاة، فإنه لا يجوز صرف الزكاة إلى ولده؛ والفرق أن بوجوب الزكاة لم يزل ملك المالك عن قدر الزكاة[١]، فكان الواجب على المالك الإخراج والتمليك من كل وجه، ولا يتحقق ذلك فيما بين الوالدين والمولودين؛ لأن منافع الأملاك بينهما متصلة، أما الوقف فقد زال عن ملك الواقف بنفس الإيقاف، فليس عليه الإخراج والتمليك من كل وجه، وإنما عليه إعانة الفقراء على أخذ حقهم، والإعانة على أخذ الحق يتحقق فيما بين الوالدين والمولودين.

١١٢٠٩ - ولو وقف أرضه على أن نصف غلتها للمساكين، ونصفها للفقراء من قرابته، فاحتاج قرابته، وكان الذي سمي لا يكفيهم، أيعطيهم مما جعل للفقراء لفقرهم؟ قال هلال: لا، وهو قول أبي يوسف بن خالد السمتي، وقال إبراهيم ابن يوسف البلخي، وعلي بن أحمد الفارسي، والفقيه أبو جعفر الهندواني: يعطون من نصيب الفقراء؛ لأنهم فقراء قرابته يستحقون بجهتين جميعًا، كمن وقف أرضًا على قرابته، وأرضًا على جيرانه، وبعض جيرانه قرابته، فإنهم يستحقون من الوقفين بالوصفين.

وجه قول هلال: إنه لما بين نصيب كل فريق، فقد قطع الشركة، وشرط لكل فريق نصفه، فيجب رعاية شرطه. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن الواقف إن شرط في الوقف له أن لفقراء قرابته كذا، وللمساكين والفقراء كذا، يعطى فقراء القرابة من نصيب الفقراء. وإن شرط أن لفقراء قرابتي كذا، والباقي للفقراء، لا يعطى فقراء القرابة من نصيب الفقراء. وبه أخذ محمد بن مسلمة، وأبو نصر محمد بن سلام البلخي، وجعل هذا نظير

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: عن ملك الزكاة.

الوصية ، فإن من أوصى ببعض الثلث لقرابته ، وبعضه للفقراء ، استحق القريب من نصيب الفقراء إذا كان فقيراً ، ومثله لو أوصى ببعض الثلث لقرابته ، والباقي للفقراء ، لا يستحق القريب من نصيب الفقراء ، كما هنا.

١١٢٦٠ - ولو جعل أرضه صدقة موقوفة على الغارمين ، وله قرابة محتاجون ، فإنهم لا يعطون منها شيئاً إلا أن يكونوا غارمين ، اعتباراً لشرطه ، وكذلك إذا قال : في ابن السبيل ، لا يعطى قرابته منها شيئاً ، إلا أن يكونوا [في] قرابته ابن السبيل . وكذا إذا قال : في سبيل الله ، فإن سبيل الله الغزو والجهاد ، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنهما قالا : جميع وجوه الخير والبر سبيل الله.

١١٢٦١ - ولو جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء ، فاحتاج قرابته ، فرفع ذلك إلى القاضي ، فأعطاهم منها القاضي ، أيكون هذا حكماً منه من القاضي بالأولوية؟ قال هلال : لا ، وإنما هو بمنزلة الفتوى ، وليس القضاء بحجة ، حتى لو عزل ، فقال [illegible] رجع بنفسه عمل بموجبه ، ولو أعطى القيم غيرهم لم يضمن ، ولو قال : حكمت أن لا يعطى غير قرابته (١) ، نفذ حكمه ، حتى ليس لقاض آخر أن يبطله.

١١٢٦٢ - ولو أعطى القيم غير القرابة ضمن ، هكذا ذكر هلال في وقفه ، وقال الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله تعالى : لا ينفذ حكمه ، والحجة له في ذلك : أن هذا حكم بخلاف ما يقتضيه الشرط - لأن الواقف ما وقف على القرابة ، إنما وقف على الفقراء ، وحال ما وقف لم يكن هؤلاء فقراء ليدخلوا تحت الوقف من حيث إنهم فقراء . ووجه ما ذكر هلال أن مقصود الواقف الأجر والثواب في الصرف إلى القرابة أكثر ، فكان قضاء في موضع الاجتهاد ، فينفذ.

١١٢٦٣ - ولو وقف أرضاً له على فقراء قرابته ، وأرضاً له أخرى على الفقراء والمساكين ، ووقف القرابة لا يكفيهم ، فإن كان ذلك في عقدين مختلفين ، فالقرابة يعطون من الوقف الآخر ما يكفيهم ، وإن كان ذلك في عقد واحد ، لا يعطون ؛ لأنه وقف واحد ، وقد قطع الشركة حين بين لكل واحد نصيباً ، وأما إذا كان في عقدين ، فلم يقطع الشركة ، فإذا اجتمع الوصفان استحق بهما . ويجب أن يكون ما ذكر من الجواب فيما إذا كان العقد واحداً على قول هلال ويوسف بن خالد على نحو ما بينا قبل هذا.

١١٢٦٤ - وإذا وقف أرضه على الفقراء ولم يكن [illegible] فاحتاج بعض قرابته إلى ذلك ، فأعطي من الغلة مائتي درهم فاستغنى ، وصار فقيراً ، وقد بقي من الغلة شيء ، فإن كان يعلم أن

(١) وفي نسخة [illegible] أن لا يعطى قرابته

إنفاقه في غير فساد، وأنه أنفقها فيما لا بد منه، أو ضاعت، يعطى من الغلة ما يكفيه، وإن علم أنه أسرف، أو أنفق في فساد [لا يعطى؛ لأنه] يكون إعانة على الفساد. وكذلك هذا الجواب في الزكاة، ويصير لهذا الفصل رواية في أن الفقير إذا كان يعلم أنه ينفق في معصية، أو يسرف، أنه لا ينبغي أن يعطى.

١١٢٦٥ - وإذا وقف على فقراء قرابته، وله قرابة فقراء من غير أهل البلد الذي الواقف فيه، لا يبعث إلى تلك البلدة، ولكن يقسم على فقرائهم في هذه البلدة، وإن بعث القيم إلى تلك البلدة، فلا ضمان عليه، وهو بمنزلة الزكاة -والله أعلم-.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١١٢٦٦ - إذا قال: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة أبدًا على زيد وولده وولد ولده أبدًا ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، على أنه إن احتاج قرابتي، رد عليهم هذا الوقف، وكانت غلته لهم. فكانت قرابته جماعة، فاحتاج بعضهم، وبعضهم أغنياء، يرد هذا الوقف على من احتاج من قرابته.

وكذلك لو قال: إن احتاج سوائي، فاحتاج بعضهم، ولو قال: على أن ولد زيد إن ماتوا ردت غلة هذا الوقف على عمرو، فمات ولد زيد، وبقي البعض، لم يرد الغلة حتى يموت كل ولد زيد، وهكذا ذكر الخصاف رحمه الله تعالى. قال: ولا يشبه هذا الباب الأول؛ لأن في الأول قصد إلى الرد على المحتاجين منهم.

١١٢٦٧ - قال هلال في وقفه: إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة بعد موتي على الفقراء، فمن احتاج من ولدي، وولد ولدي، أعطي ما يكفيه، كان كما قال، فإن احتاج أحد من ولد صلبه، ينظر إلى ما يكفيه، فيكون ذلك ميراثًا بين جميع الورثة؛ لأنه لا يستحق بالوقف؛ لأنه بمنزلة الوصية، والوصية لا تجوز للوارث، وإنما يستحقه بالإرث، فلا يختص هو به. وإن احتاج بعض ولد الولد، أعطي له ما يكفيه، ويكون ذلك بالوقف؛ لأن الوصية له جائزة. فإن احتاج ولد الصلب، وولد الولد، أعطيا، ثم ما يصيب ولد الصلب يكون بين الورثة، وما يصيب ولد الولد يكون له. وإن احتاجوا جميعًا، يقسم على عدد الرؤوس، ثم الحكم ما ذكرنا من الإرث والوقف، وإن استغنى المحتاج، لا يعطى له، وهذا ظاهر.

وإن قصرت الغلة عما سمى لكل فقير، وكان يكفي لأحدهما، فإنه يبدأ بولد الولد؛ لأن حقه أقوى؛ لأنه لا يجوز من غير إجازة، وحق ولد الصلب لا يثبت إلا بإجازة الورثة، والبداية بالأقوى أولى -والله أعلم-.

الفصل الرابع عشر
في الوقف على [الموالي، و] المدبرات وأمهات الأولاد والمماليك

١١٢١٨ - إذا وقف الرجل أرضه على مواليه، وهو رجل من العرب، فالغلة لكل من أعتقه هذا الرجل قبل الوقف، ولكل من يعتقه بعد الوقف، ولكل من يعتق بعد موته من جهته، كمدبريه، وأمهات أولاده.

فرق بين الوقف والوصية، فإن من أوصى بثلث ماله لمواليه وله مدبرون، وأمهات الأولاد، فمات الموصي، وعتق هؤلاء بموته، فإنه لا حق لهم من الوصية. والفرق وهو أن وجوب الوصية يتم بموت الموصي، وولاء المدبر وأم الولد يثبت بعد الموت؛ لأنهم يعتقون بعد الموت، فوقت وجوب الوصية الأولاد يستحقون الوصية، ووقت وجوب الوقف يوم حدوث الغلة، ويوم حدوث الغلة الولاء ثابت، فيستحقون [ذلك].

وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في «النوادر»: أن لأمهات الأولاد والمدبرين وصية أيضاً، وكذلك يدخل في هذا الوقف كل من أوصى بعتقه بعد موته. وكذلك لو كان أوصى أن يشترى به رقيق بعد وفاته، فيعتقون، دخلوا في هذا الوقف.

١١٢١٩ - وإن كان لهذا الرجل موالي، أعتقهم هذا الرجل، وموالي الموالي، فالغلة لمواليه، كما في الولد مع ولد الولد، وهذا لأن مواليه ينسبون إليه بلا واسطة، وموالي الموالي ينسبون إليه بواسطة، فكان الاسم لمواليه حقيقة، ولموالي الموالي مجازاً.

ولو كان له موليان، فالغلة لهما بكمالها؛ لأن اسم الموالي ينطلق عليهما، ولو كان له مولى واحد، فله نصف الغلة، والنصف للفقراء، ولو كان له موالي، وموليات، فالغلة للكل، هكذا ذكر الخصاف، وهلال.

من المشايخ من قال: يجب أن تكون المسألة على الخلاف، على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يكون للموليات شيء، كما لو وقف على بنيه وله بنون وبنات، ومنهم من قال: هذا بالإجماع، فيحتاج أبو حنيفة رحمه الله تعالى على [قول] هذا القائل إلى الفرق بين مسألة البنين ومسألة الموالي [والفرق أن اسم الموالي يطلق على المواليات عند الانفراد، فإنه يقال لهن: موالي][1]، فلأن جاز أن يشركن عند الاختلاط أولى.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

١١٢٢٠ - وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في «السير الكبير»: إذا استأمن الحربي على مواليه، وله موالي وموليات، دخلوا في الأمان، وكذلك إذا أوصى لمواليه، دخلوا جميعًا في الوصية.

أولاد الموالي يدخلون في هذا الوقف، لأنهم منسوبون إليه بلا واسطة، وأما أولاد الموليات هل يدخلون في هذا الوقف؟ ذكر الخصاف في وقفه أنهم إذا كانوا يرجعون بولاء آبائهم إلى الواقف يدخلون، وإن كان ولاء آبائهم إلى قوم آخرين، لم يدخلوا فيه.

١١٢٢١ - وإن كان له موالي موالاة، وموالي عتاقة، فالغلة لموالي العتاقة؛ لأنه متفق عليه، وولاء الموالاة مختلف فيه، وبسبب ولاء العتاقة [لا] يحتمل الفسخ، وبسبب ولاء الموالاة يحتمل الفسخ قبل العقد.

١١٢٢٢ - وإن لم يكن له إلا موالي موالاة، صرفت الغلة إليهم استحسانًا؛ لأنه ليس معها من هو أولى منهم[1]، والضعف والقوة إنما يظهر عند المقابلة، والقياس أن يكون الغلة للفقراء.

١١٢٢٣ - وإن كان له موالي، ولابنه موالي [قد ورث هو ولاءهم[2] عن ابنه، فالغلة لمواليه، ولا يكون لموالي ابنه شيء، وكذلك إذا لم يكن له إلا موالي][3] ابنه لا يكون لهم من هذه الغلة شيء، وهذا قياس، وهو قول محمد، ذكر محمد قوله نفسه في «الجامع الكبير» فيما إذا أوصى لمواليه، وله موالي ابنه، وقد ورث هو ولاءهم[4] عن ابنه.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو قول هلال: أنه يصرف الغلة إلى موالي ابنه، وأنه استحسان، ويرجع الاستحسان إلى العرف، فإن الناس في عرفهم وعاداتهم يستجيزون إضافة ولاء من أعتقهم أبناؤهم إلى أنفسهم.

١١٢٢٤ - ولو وقف على مواليه، وأولادهم، ونسلهم، فهو على ما قالوا: لا يدخل في الوقف أولاد بنات مواليه إذا لم يرجعوا بولاء آبائهم إلى الواقف، ذكر هلال في وقفه أن ولد ابنة مولاه يدخل في هذا الوقف، قال: لأن ابنة مولاه من جملة مواليه، فولد الابنة يكون

---

(١) وفي نسخة «ف»: من هو أولى منهم، والفسخ والضعف والقوة.

(٢) وفي «ظ»: قد ورث ولاءهم عن ابنه.

(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من «ظ» و«ب».

(٤) وفي «ظ» والأصل: مولاهم.

وله موالٍ، فيدخل تحت هذا الوقف.

١١٢٢٥ - قال هلال: ولو كان الواقف قال في عقد الوقف: ويسلم للذين يرجع ولاؤهم إليّ، لا يكون لأولاد المعتقات شيء؛ لأنه لا يرجع ولاؤهم إلى الواقف.

وإن قال: على موالي، فأعتق هو وآخر عبداً بينهما، لا يدخل تحت هذا الوقف؛ لأنه ليس مولاه، بل بعض مولاه [ولو][1] قال: على موالي، وموالي موالي، وموالي [موالي] موالي، دخل الفريق الرابع ومن هو أسفل منهم على قياس مسألة الولد، وهي ما إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده، وأولاد أولاد أولاده، دخل في الوقف الفريق الرابع، ومن هو أسفل.

١١٢٢٦ - وإذا وقف على مواليه، ثم أقر لإنسان بعد ذلك أنه مولاه، قد أعتقه، وصدقه الرجل في ذلك، دخل في الوقف؛ لأنه ثبت ولاؤه بإقراره؛ لأن إقراره صحيح؛ لأنه يملك إثبات الولاء وإنشاءه بأن يعتق عبداً، فيملك الإقرار به.

قالوا: وما ذكر من الجواب مستقيم في الغلة الحادثة، غير مستقيم في الغلات الذاهبة، والغلات التي حدثت قبل هذا الإقرار؛ لأن ذلك صار ملكاً لمواليه المعروفين، فلا يصدق في إقراره في حق بعض منكم عليهم. فإن كان هذا الرجل من الموالي، وله موالي أعتقوه، وموالي أعتقهم، فإنه لا يعطى الفريقين من الغلة شيء، وتكون الغلة للفقراء، وهكذا روي [عن] أصحابنا رحمهم الله تعالى في الوصية: إذا أوصى بثلث ماله لمواليه، وله موالي أعتقوه، وموالي أعتقهم، فالثلث يرد على الورثة، ولا يعطى الفريقين منه شيئاً.

١١٢٢٧ - وإذا وقف على أمهات أولاده، وله أمهات أولاد أحياء عنده، وأمهات أولاد قد كان أعتقهن، وأمهات أولاد لم يعتقهن، ولكن زوجهن دخل تحت الوقف أمهات أولاده اللاتي لم يعتقهن من كن عنده، ومن كان زوجهن، ولا يدخل تحت الوقف من أعتقهن، وهو قول محمد. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: القياس في هذا على وجهين. أحدهما: ما قال محمد، والثاني: أن الثلث بينهن جميعاً من كان أعتقهن، ومن لم يعتقهن؛ لأن الكل أمهات أولاده. وكذلك الجواب فيما إذا وقف على أمهات أولاد زيد [ومدبراته، دخل تحت أمهات أولاده ومدبراته اللاتي لم يعتقهن، دون من كان أعتقهن. وإن قال: على أمهات أولاد زيد][2] وعلى مواليه، ولزيد أمهات أولاد قد كان أعتقهن،

---

(1) هكذا في ... وكان في الأصل: بل بدلاً من ولو.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ب.

وأمهات أولاده لم يعتقهن؛ قسمت الغلة بين أمهات أولاده وبين مواليه الذين كان أعتقهن، ويدخل اللاتي كان أعتقهن في مواليه؛ ولم يدخل اللاتي لم يعتقهن.

١١٢٢٨ - ولو وقف أرضه على سالم غلام زيد ومن بعده على المساكين، فباع زيد سالمًا، فالغلة لسالم يدور معه كيف دار، فإن ملك الواقف سالمًا، بطل الوقف عن سالم، ولا للواقف من ذلك شيء، فإن باع الواقف سالمًا هذا من رجل لا يكون لسالم، ولا لمولاه من غلة الوقف شيء.

ثم فرق بين ما إذا وقف على مملوكه، فلم يجوزه، وبينما إذا وقف على أمهات أولاده ومدبريه، فجوزه، وهن من مماليكه، وأشار محمد رحمه الله تعالى إلى الفرق، فقال: لأن فيهن ضربًا من العتق، والله أعلم.

الفصل الخامس عشر
في وقف المريض

١١٢٢٩ - إذا وقف الرجل أرضه في مرضه على الفقراء والمساكين، فالوقف جائز من الثلث؛ لأنه تبرع، والتبرع من المريض بمنزلة الوصية المضافة إلى ما بعد الموت، فيعتبر من الثلث، كما لو أوصى بأن يوقف أرضه بعد وفاته، فإنه يعتبر من الثلث، كذا هنا.

فإن كانت الأرض الموقوفة لا تخرج من الثلث، فإن لم يكن له مال آخر سوى هذه الأرض، يجوز الوقف في ثلث الأرض، ويبطل في الثلثين، إلا أن يجيز الورثة.

وفرق بينه وبين العتق إذا لم يخرج العبد من الثلث، لا يرد شيء من العبد إلى الرق، ولكن يسعى في الباقي؛ لأن العتق لا يمكن فسخه ورفعه، بخلاف الوقف؛ لأنه يمكن فسخه بعد موته، فجاز أن يبطل في الباقي.

١١٢٣٠ - وإذا جعل أرضه صدقة [موقوفة] لله تعالى أبدًا على ولده، وولد ولده، [ونسله] أبدًا ما تناسلوا، ومن بعده على المساكين، فإن كانت هذه الأرض تخرج من الثلث، صارت موقوفة يستغل، ثم تقسم غلتها على جميع ورثته على سهام الميراث، حتى إنه إذا كانت له زوجة وأولاد، يعطى لها الثمن، ولو كان له أبوان أو لاد، يعطى إليهما السدسان، ويقسم الباقي بين الأولاد، للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه استثنى الغلة من الفقراء، وجعلها لولده، والاستثناء صحيح. أما الجعل للولد غير صحيح؛ لأنه لا وصية للوارث إلا بإجازة باقي الورثة، فكان استحقاق الغلة في حقهم بحكم الإرث، فتكون الصحة على سهام الميراث[1].

وهذا إذا كان له أولاد لصلبه، ولم يكن معهم أولاد الأولاد، فإن كان معهم أولاد الأولاد، والباقي بحاله، فإنه يقسم الغلة على عدد رؤوس الأولاد الصلبية وعلى عدد رؤوس أولاد الأولاد، فما أصاب أولاده لصلب من ذلك، قسمت بين ورثته على فرائض الله تعالى على نحو ما بينا، وما أصاب أولاد الأولاد يقسم بينهم بالسوية؛ لأنه صح جعل الغلة لولد الولد؛ لأن الوصية لهم صحيحة، فيستحقون نصيبهم بحكم الوقف، وفي الوقف لا يفضل البعض على البعض، فإذا انقرض أولاد الصلب، قسمت الغلة على أولاد أولاده ونسله،

---

(١) وفي «م» و«م»: فتكون القسمة على سهام الميراث

ولا يكون للزوجة ولا للأبوين من ذلك شيء؛ لأنهم يستحقون بحكم الوصية والوقف، لا بحكم الإرث.

١١٢٣١ - وإن كانت هذه الأرض لا تخرج من الثلث، فإن أجازت الورثة الوقف جاز، وتكون الغلة بينهم بالسوية، لا يفضل الذكر على الأنثى؛ لأن في هذه الصورة صح جميع الوقف للأولاد؛ لأن الوصية للوارث صحيحة إذا أجاز باقي الورثة ذلك، فيستحقون الغلة في هذه الصورة بحكم الوقف، فيكون بينهم بالسوية؛ لأنه لا يفضل في الوقف، ولا يكون للأبوين والزوجة من ذلك شيء؛ لأن الوصية وقعت للأولاد لا غير.

١١٢٣٢ - وإن لم يجيزوا الوقف جاز الوقف من الثلث، وصار ثلث الرقبة وقفاً للفقراء، ويقسم الغلة بين جملة الورثة على [illegible]، والثلثين [illegible]؛ لأن جعل الغلة للأولاد لم يصح، لما لم يجز الورثة الوقف، أما جعل الغلة بين الفقراء فقد صح، فيقسم الغلة بحكم الميراث، فيقسم على سهام الميراث، وهذا الذي ذكرنا قول هلال، والقاضي أبي بكر الخصاف، والفقيه أبي بكر الأعمش، والفقيه أبي بكر الإسكاف رحمهم الله تعالى.

١١٢٣٣ - وقال محمد بن سلمة ونصير بن يحيى: إذا لم يجيزوا الوقف، كانت الغلة للفقراء، ووجه ذلك: أن الأرض صارت وقفاً للفقراء، والغلة تبع للأرض، إلا أنه آثر بالغلة، ولم يصح الإيثار لعدم الإجازة، فصار وجود هذا الإيثار والعدم بمنزلة، فيكون للفقراء.

وقال علي بن أحمد الفارسي وأبو نصر بن محمد بن سلام[1]: الغلة تكون للفقراء وإن أجازت الورثة الوقف؛ لأن إجازة الورثة إنما تعمل في إبطال حقهم، لا في إبطال حق الفقراء، وقد صارت الغلة حق الفقراء تبعاً للأرض، فلا تعمل إجازتهم في حقهم، ألا ترى أنه لو عدمت الإجازة، كانت الغلة للفقراء، فلا يبطل حقهم بإجازة الورثة، ألا ترى أن حق الموصى له لا يبطل بإجازة الورثة، حتى إن من أوصى لرجل بثلث ماله، وأوصى لوارثه مع ذلك، وأجازت الورثة، لا تعمل إجازتهم في حق الموصى له بالثلث، كذا في حق الفقراء.

قال الفقيه أبو جعفر: إذا أجازوا ينبغي أن يكون ثلث الغلة للفقراء، والثلثان للأولاد؛ لأنه حق الورثة، لا حق الفقراء، فتعمل إجازتهم فيه، فيكون ذلك للأولاد.

١١٢٣٤ - وإن وقف أرضه على قرابته، فإن كانت قرابته ورثة له، فهذا وما لو كان الوقف على الولد سواء، وإن لم يكونوا ورثة لهم، جاز الوقف عليهم، ويستحقون الغلة بجهة الوصية.

(١) وفي ظ: وأبو نصر محمد بن سلام.

١١٢٣٥ - وإن وقف على بعض ورثته، دون البعض، فإن أجازوا، جاز لما قلنا، وإن لم يجيزوا، صارت الأرض وقفًا للفقراء من الثلث، وتكون الغلة على قول هلال ومن تابعه للورثة على قدر مواريثهم، فإن مات الوارث الموقوف عليه، فالغلة للفقراء؛ لأن استثناء الغلة من الفقراء قد بطل بموت الموقوف عليه، فعادت الغلة إلى الفقراء تبعًا للأرض.

١١٢٣٦ - وإن مات بعض ورثة الواقف، إلا أن الوارث الموقوف عليه حي، فالغلة لجميع الورثة، ومن مات فنصيبه، يصير ميراثًا لورثته؛ لأن الموقوف عليه ما دام حيًا، فاستثنى الغلة من الفقراء صحيح، وبقيت الغلة على ملك الواقف، فيكون[1] ميراثًا لجميع ورثته.

١١٢٣٧ - ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي، وولد ولدي، ونسلي، وآخره للفقراء، وأوصى بذلك، والأرض تخرج من ثلث المال، فإن أجازوا، قسمت الغلة بين الولد وبين ولد الولد على عدد رؤوسهم [وإن لم يجيزوا، قسمت الغلة على ولد الصلب، وعلى ولد الولد على عدد رؤوسهم][2]، فما أصاب ولد الولد يقسم بينهم بالسوية، وما أصاب ولد الصلب، فهو ميراث بين جميع الورثة لما مر.

وإن هلك بعض ولد الصلب، وبعض ولد الولد، وحلف بعض ولد الولد، ينظر إلى عددهم يوم تحدث الغلة، ثم ما أصاب ولد الصلب، يقسم على جميع ورثة الواقف يوم مات الواقف على قدر ميراثهم، ثم حصة الميت منهم تكون لورثته؛ لأن الاستحقاق في هذه الصورة في حق أولاد الصلب بحكم الميراث، وينظر إلى كل من كان موجودًا يوم موت الواقف، فإن انقرض ولد الصلب كلهم، فالغلة لولد الولد والنسل، ولا شيء لسائر الورثة؛ لأن استحقاق ولد الولد والنسل بحكم الوقف، ولا حصة لسائر الورثة من هذا الوقف.

١١٢٣٨ - ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على من احتاج من ولده ونسله ما تناسلوا [أو أوصى بأن يوقف أرضه على من احتاج من ولده ونسله ما تناسلوا][3]، وآخره للفقراء، فهو جائز من الثلث، فإن كانوا جميعًا أغنياء، فالغلة للفقراء، وإن كان ولد الولد فقيرًا، فالغلة له، واحدًا كان أو اثنين أو أكثر، فإن كان ولد الصلب فقيرًا، كانت الغلة بين

---

(١) وفي ف، ز، م: فيصير.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والتتارخانية من ظ وم رف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والتتارخانية من ظ وم رف.

جميع الورثة على فرائض الله تعالى، وإن كان بعض ولد الصلب فقيراً، وبعض ولد الولد فقيراً، قسمت بينهم على عدد رؤوسهم، ثم حصة ولد الصلب تكون ميراثاً بين ورثة الواقف جملة، وحصة ولد الولد تكون له.

١١٢٣٩- ولو وقف أرضه في مرض موته، وأوصى بوصايا، قسمت ثلث ماله بين الوقف وبين سائر الوصايا، فيضرب لأهل الوصايا بوصاياهم، ولأهل الوقف بقيمة هذه الأرض، فما أصاب أهل الوصايا أخذوه، وما أصاب قيمة أرض الوقف، أخرج من الأرض بذلك المقدار، فصار ذلك وقفاً على من وقف عليهم، ولا يكون الوقف المنفذ أولى.

١١٢٤٠- ولو كان مكان الوقف عتقاً موقعاً في مرضه، بأن أعتق عبداً له في مرضه، وأوصى بوصايا، أو كان له مدبرون، حتى عتقوا بموته، فإنه يبدأ بعتق من أعتق من عبيده، ويعتق من كان مدبراً، فيخرج قيمتها من ثلث ماله، ويصرف ما بقي من الثلث إلى أصحاب الوصايا.

١١٢٤١- ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على قرابتي بعد وفاتي، يكون الوصية بعين الأرض لقرابته. ولو قال: موقوفة على قرابتي بعد وفاتي، يكون وصية بغلة الأرض لقرابته. والفرق أن الصدقة توجب زوال ملك الرقبة [والوقف لا يمكن زوال ملك الرقبة][1]، فإذا قال: موقوفة، اقتضى أن تكون باقية على ملكه، وتصرف غلتها إلى القرابة، بخلاف ما إذا قال: صدقة.

ولو قال: أرضي هذه يعطي غلتها بعد وفاتي لولد عبد الله ونسله، تكون وصية بالغلة.

١١٢٤٢- ولو قال: أرضي بعد وفاتي موقوفة على المساكين، أو حبيس على المساكين، فهذا الوقف جائز، إذا جعل أرضه صدقة موقوفة على قوم، ومن بعدهم جعل الغلة للورثة، فالغلة تكون للقوم الذي جعل لهم، فإذا انقرضوا، كان الغلة للورثة على قدر مواريثهم، وإذا ماتوا، كانت الغلة للفقراء، هكذا ذكر هلال في وقفه.

وكان الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله تعالى يجيب أن تكون الغلة بعد موت القوم للفقراء؛ لأنه قال: ومن بعدهم للورثة، ويحتمل أن المراد ورثة القوم، أو ورثة نفسه، فوقع الشك في الاستحقاق للورثة، فلا يثبت الاستحقاق، والجواب: أن الواقف ذكر الورثة بالألف واللام، وإنه لتعريف العهد، ومعهود الواقف ورثته، وقد مرّ جنس هذه المسائل.

١١٢٤٣- وإذا قال: أرضي هذه بعد وفاتي صدقة، يتصدق بعينها، أو يباع ويتصدق

[1] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه الزيادة من ظاهر ف.

ثمنها ؛ لأنه نص على الصدقة ، والصدقة للفقراء ، فلا تكون فيها جهالة .

١١٢٤٤- إذا قال في مرضه : أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء ، أو أوصى بذلك بعد موته ، والأرض لا تخرج من الثلث ، حتى جاز في ثلث الأرض ، وبطل في الثلثين على ما مر ، ثم ظهر للميت مال تخرج الأرض من الثلث ، بأن كان قيمة الأرض ألف درهم ، وظهر للميت ألفا درهم ، صار كل الأرض وقفاً ، وإن ظهر له ألف درهم ، صار ثلثا الأرض وقفاً ، وبطل الثلث ؛ لأنه ظهر أن ثلث ماله ثلثا الأرض .

١١٢٤٥- وإن كان القاضي حين أبطل الوقف في الثلثين تصرف الورثة في الثلثين بالبيع ، أو الهبة ، ثم ظهر للميت مال ، ذكر هلال في وقفه أن بيع الورثة جائز ولا ينقض ، وهكذا ذكر الخصاف في وقفه ، وعلل فقال : من قبل أن القاضي أطلق لهم هذين الثلثين وملكهم إياه ، فكان تصرفهم بناء على الملك والإطلاق الشرعي[1] ، ولكن الورثة يضمنون قيمة الثلثين ، فيشترى بها أرضاً أخرى فيوقف ، لأنهم استهلكوا ذلك بتصرفهم ، فيضمنون .

وكان الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله تعالى يقول : ينبغي أن ينقض بيع الورثة ؛ لأنه إنما ينفذ بيعهم في الثلثين على تقدير أنه ملكهم ، فإن الوقف فيه لم يصح ، وقد ظهر أن الوقف قد صح فيه . واستشهد الخصاف في وقفه لإيضاح قوله بمسألة الوصية .

١١٢٤٦- فقال : ألا ترى أن رجلاً لو أوصى بأرض له لرجل ، وليس له مال ظاهر غير هذه الأرض ، وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، فرفعوا إلى القاضي ، ورد القاضي الثلثين على الورثة ، ثم إن الورثة باعوا ذلك ، ثم ظهر للميت مال ، يخرج كل الأرض من الثلث ، فإنه لا يرد بيعهم ، ويضمنون للموصى له قيمة ثلثي الأرض ، كذا هنا .

هذا إذا ظهر للميت مال ، ولو حصل للميت مال ، بأن قتل الواقف عمداً ، ثم إن الورثة صالحوا القاتل على مال ، لا ينقض البيع بالاتفاق ، إذ لا يتبين أن الملك لم يكن للورثة في الثلثين دون البعض ، فما لم يبع يعود وقفاً ، وما بيع يشترى بقيمته أرضاً ، ويوقف ، اعتباراً للبعض بالكل .

١١٢٤٧- ولو كان على الواقف دين ، فباع القاضي الأرض بالدين ، ثم ظهر للميت مال كثير ، فإن بيع القاضي لا يرد ، ولكن يؤخذ من المال الذي ظهر مقدار الثمن الذي باع القاضي الأرض به ، ويشترى بذلك أرضاً أخرى ، فقد اعتبر الثمن ، ولم يعتبر القيمة ، حتى لو كانت قيمة الأرض ألف درهم ، أو أقل أو أكثر ، والقاضي باع الأرض بألف [درهم]

---

(١) وفي م : والإطلاق الشرعي مالاً .

وخمسمائة، يؤخذ من المال الذي ظهر قدر ألف وخمسمائة، وفي حق الورثة تعتبر القيمة، ولم يعتبر الثمن.

والفرق أن القاضي لا يلحقه [العهدة] فلا يمكن إيجاب القيمة، إلا أنه نقل حق أرباب الوقف عن العين إلى الثمن بولاية شرعية، فصح البيع، بخلاف الورثة؛ لأن إيجاب القيمة عليهم ممكن. وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يعتبر القيمة في الموضعين جميعا؛ لأنه أظهر أنه استهلك على الأرباب أرضهم، إلا أنه تعذر إيجاب ضمان القيمة على القاضي، فيجب في المال الذي ظهر.

١١٢٤٨- إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي، وولد ولدي، ونسلي، فمن هلك من ولدي لصلبي، فما كان يصيبه بالإرث فهو وقف على ولد ولدي: فهو جائز، ويقسم الغلة على [عدد] رؤوس ولد الولد، وعلى عدد رؤوس ولد الصلب الأحياء، ومن هلك بعد موت الواقف، فما أصاب الولد من ولد الصلب، يكون وقفا على ولد الولد؛ لأنه وقف عليهم، فالوصية لهم صحيحة. ثم ما يصيب الأحياء يقسم بينهم وبين الأموات، فما أصاب الأموات يكون لورثتهم بالإرث عنهم. فإن أراد الواقف أن يجعل ذلك وقفا على ولد الولد، فقال: ما يصيب الميت منهم من حصة ولدي الأحياء، فهو وقف على ولد ولدي، فهذا لا يجوز؛ لأن لو جوزنا ذلك، فما يصيبه يصير وقفا، ويخرج من أن يكون ميراثا، وقد بقي في يد الأحياء شيء من الميراث، فلا يختص به، ولا يختصون به، فيؤخذ منهم شيء من ذلك، ثم يصير [ذلك] وقفا فيرجع في الباقي حتى لا يبقى في أيديهم شيء، وذلك لا يجوز.

١١٢٤٩- إذا قال في مرضه: أرضي هذه صدقة موقوفة على ابني فلان، فإن مات، فهي موقوفة على ولد ولدي، ونسلي، فلم يجز الورثة ذلك، فهو ميراث بين جميع ورثته، ما دام الابن الموقوف عليه حيا، فإن مات صار كله للنسل؛ لأنه وقف عليهم، والوقف عليهم صحيح، إلا أنه إنما وقف عليهم بعد موت الابن، فلا يستحقون شيئا حال حياة الابن.

١١٢٥٠- إذا وقف أرضه [في مرضه] على ولده، وولد ولده، ولا مال له سوى الأرض، فثلث الأرض وقف على ولد الولد، أجازت الورثة أو لم يجيزوا؛ لأن ولد الولد أهل للوصية، والوصية لمن هو أهل للوصية صحيحة بقدر الثلث، أجازت الورثة أو لم يجيزوا، وأما الثلثان فإن لم يجز الورثة ذلك، فذلك ملك الورثة، وإن أجازوا، فذلك بين ولد الصلب وبين الولد.

١١٢٥١- إذا وقف أرضه في مرضه وقفا صحيحا، وله مال تخرج هذه الأرض من

ثلث ، فتلف المال قبل موته ، ثم مات ، ولا مال له غير هذه الأرض ، فإنه يكون ثلثاها وقفًا ، وثلثاها ميراثًا ، وكذلك إن مات الواقف والمال قائم ، فتلف المال قبل أن يصل إلى الورثة ، فإنه يجوز ذلك من الثلث ، والثلثان يكونان للورثة .

١١٢٥٢- قال الخصاف في وقفه : إذا أوصى أن تكون أرضه صدقة موقوفة بعد وفاته ، فحدث في الأرض ثمرة قبل وفاته ، ثم توفي ، فإن الثمر يكون ميراثًا ، والأرض تكون وقفًا ، فإن حدثت الثمرة بعد وفاته ، فإن كانت الأرض والثمرة يخرجان من الثلث ، فذلك كله وقف عليه . ولو وقف الأرض في مرضه وقفًا صحيحًا ، وحدث فيها ثمرة قبل وفاته ، فإن الثمرة تكون [وقفًا] مع الأرض ، ولو كان فيه ثمرة يوم وقفها ، وهو مريض ، فالثمرة ميراث لورثته .

وإذا قال المريض : جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على زيد ، وولده ، وولد ولده أبدًا ما تناسلوا ، ومن بعدهم على المساكين ، فإن احتاج ولدي وولد ولدي كانت غلة هذه [الأرض] لهم دون غيرهم ، وكانوا أحق بها ما كانوا محتاجين إليه . فاحتاج إليه ولد لصلبه بعد وفاته ، رد جميع الغلة إليهم ، ودخل فيها سائر الورثة ، فيقسم الغلة عليهم جميعًا .

١١٢٥٣- وإن مات بعض ورثة الواقف ، مثل زوجته ، أو أمه ، ثم احتاج ولد لصلبه ، ردت الغلة إليهم ، وقسمت بين المحتاجين من ولده ، وبين من كان باقيًا من الورثة ، ولا ينظر إلى من مات منهم ، فإن كان له مال ، فإن احتاج أحد من ولدي لصلبي ، أجري على من احتاج منهم من غلة هذه الصدقة بقدر ما يسعه لنفقته بالمعروف ، وإن كان الباقي من غلة هذه الصدقة مقسوما بين أهل الوقف ، فهو جائز . فإن احتاج خمس أنفس من ولده ، نظر إلى ما يسعهم لنفقتهم سنة إلى إدراك الغلة المستقبلة ، فإن بلغ [ذلك] مثلاً مائة دينار تقسم هذه المائة بينهم وبين سائر ورثة الواقف ، فإذا قسمنا ذلك ، أصاب المحتاجين منهم أقل مما يسعهم لنفقة سنة ، ويرد عليهم من غلة هذا الوقف ما يصيبهم من ذلك مقدار مائة دينار .

ثم لا بد من بيان مقدار نفقاتهم ، قال الخصاف : ينظر ما يحتاج إليه الرجل منهم بطعامه وطعام ولده وخادمه وزوجته ، وإدامهم ، وكسوتهم لسنة ، فيجعل ذلك لمقدار إليهم .

الفصل السادس عشر
في الرجل يقف أرضه على وجوه سماها
كيف تقسم الغلة؟

١١٢٥٤ - إذا وقف أرضه صدقة موقوفة على عبد الله، وزيد، فالغلة لهما، ولو ماتا، كانت الغلة كلها للفقراء؛ لأن بقوله: صدقة موقوفة جعل الأرض للفقراء، وبقوله: عبد الله وزيد، استثنى الغلة كلها لهما ما عاشا، فإذا ماتا بطل الاستثناء، وعادت الغلة إلى الفقراء، وإذا مات أحدهما، كان النصف للفقراء، اعتباراً للبعض بالكل، وإن سمى جماعة قسمت الغلة بينهم على عدد رؤوسهم، فإن مات أحدهم، صارت حصته للفقراء، والباقي لمن بقي منهم

١١٢٥٥ - ولو قال: على ولد عبد الله، ولم يسم، فما بقي من ولد عبد الله أحد، لم يكن للفقراء؛ لأن اسم الولد عام يتناول الواحد والجماعة، فما بقي أحد فالاسم يتناوله، فتكون الغلة له، بخلاف ما لو قال: على ولد عبد الله فلان وفلان، فمات أحدهما، كان نصف الغلة للفقراء؛ لأن الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير، كان الحكم له، فصار كأنه وقف على فلان وفلان.

١١٢٥٦ - ولو قال: على زيد وعمرو، ولزيد ثلثه، كان لزيد الثلث، ولعمرو الثلثان؛ لأن في الابتداء أوجب لهما، وأنه يحتمل المثالثة والمناصفة، وبآخر الكلام بين أنه أراد المثالثة، وكذلك إذا سمى ثلثة، وبين نصيب الاثنين، وسكت عن الثالث، كان الباقي للثالث، وكذلك إذا سمى جماعة، وذكر لبعضهم أرزاقاً مفروضة، فإنه يعطى ما سمي لمن سمي، والباقي لمن لم يسم

ولو سمى زيداً وعمرواً، وجعل النصف لزيد، والثلثان لعمرو، فإنه يقسم على سبعة على طريق العول، [يعطى] لزيد ثلاثة، ولعمرو أربعة على قياس الفرائض.

١١٢٥٧ - ولو قال: لزيد النصف، ولعمرو الثلث، وسكت، ويعطى لكل واحد ما يسمى، والباقي بينهما نصفان؛ لأنه في الابتداء أضاف إليهما على السواء، فيقتضي التسوية بينهما إلا بقدر ما وجد التفصيل، ففي ما لم يوجد التفصيل، يعتبر الإضافة السابقة، فيكون بينهما، وكذلك إن سمى جماعة وسمى لكل واحد منهم شيئاً، فإن زادت الغلة على ما سمي،

كانت الزيادة بينهم على السوية، وإن نقصت، ينقص زيد عما سمى لهم.

١١٢٥٨ - ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة لعبد الله من غلاتها مائة درهم، ولزيد مائتان، فزادت الغلة، فالغلة الزائدة تكون للفقراء، ولا تكون بينهما، بخلاف المسألة الأولى [لأنه هنا أطلق] الوقف حيث قال: أرضي صدقة موقوفة، ولو اقتصر عليه، كانت الغلة للفقراء، فلما قال: لعبد الله من غلاتها مائة درهم، ولزيد مائتان، فقد استثنى هذا القدر عن حق الفقراء، فما بقي يبقى على أصل الوقف.

أما في المسألة الأولى جعل الوقف على زيد، ثم فضل أحدهما على الآخر، فما بعد التفصيل يصرف إليهما على السوية تقضية للإيجاب، واعتبر هذا بالوصية، فإن من قال: أوصيت بثلث مالي لزيد وعمرو، ولزيد منه مائة، ولعمرو مائتان، وثلث ماله خمسمائة، يعطى زيد مائة، وعمرو مائتين، وما بقي يكون بينهما.

١١٢٥٩ - ولو قال: أوصيت لزيد بمائة من ثلث مالي، ولعمرو بمائتين، وثلث ماله خمسمائة، كان الباقي للورثة، إلا أن الفرق ما بين الوصية والوقف، أن الباقي في الوصية مصرف إلى الورثة، وفي الوقف مصرف إلى الفقراء، أما فيما عدا ذلك، يستويان.

١١٢٦٠ - ولو قال: صدقة[1] موقوفة على أن لزيد مائة، ولعمرو ما بقي، فلم تكن الغلة إلا مائة، فلا شيء لعمرو؛ لأن نصيب زيد معلوم مسمى، ونصيب عمرو مجهول، ولا معارضة بين المعلوم المسمى وبين المجهول.

١١٢٦١ - ولو قال[2]: صدقة موقوفة لعبد الله نصفها، ولزيد منها مائة، يعطى عبد الله نصفها، ويعطى زيد من النصف الباقي مائة، والفضل للفقراء، ولو لم تكن الغلة إلا مائة، فالغلة كلها لزيد، ولا شيء لعبد الله، ولو كانت الغلة مائتي درهم، فلعبد الله مائة، ولزيد مائة، ولا شيء للفقراء، ولو كانت الغلة مائة وخمسين، فلزيد مائة، وما بقي فلعبد الله؛ لأنه لو قال: على عبد الله وزيد، لزيد مائة، كان زيد مقدمًا على عبد الله؛ لأن نصيب زيد معلوم، ونصيب عبد الله مجهول، وكما أن الكل مجهول، فالنصف أيضًا مجهول، فإذا قال: لزيد مائة، ولعبد الله نصفها، كان زيد مقدمًا على عبد الله أيضًا.

قال هلال رحمه الله تعالى: وفي المسألة قول آخر: إذا قال: لعبد الله نصفها، ولزيد مائة، والغلة مائة وخمسون، فزيد يضرب بمائة، وعبد الله بخمسين، فيقسمان كذلك، حتى

(١) وفي م: أرضي صدقة.

(٢) وفي م: ولو قال: أرضي صدقة.

يكون ما يصيب زيداً مائة، فحينئذ يعطى زيد مائة، وعبد الله النصف، والفضل يكون للفقراء.

١١٢٦٢ - ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على فقراء قرابتي، يعطى كل واحد منهم في طعامه وكسوته ما يكفيه بالمعروف، قال: ويتحاصون[1] في ذلك، يضرب كل واحد منهم بما يكفيه، وهذا لأن الكفاية في نفسها مختلفة، من الناس من يكفيه القليل، ومنهم من يكفيه الكثير، ومنهم من له عيال، فإن وفى الغلة بكفايتهم، يعطى كل واحد منهم كفايته، وإن نقصت يتضاربون بذلك، وإن فضلت الغلة على كفايتهم، كان الفضل مقسوماً بينهم على عدد رؤوسهم.

١١٢٦٣ - ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، فما أخرج الله تعالى من غلاتها، أعطي [من ذلك] كل فقير من قرابته في كل سنة ما يكفيه من طعامه وكسوته بالمعروف، ففضلت الغلة عن ذلك، فالفضل يكون في الفقراء، بخلاف الفصل الأول؛ لأن في الفصل الأول وقف على فقراء قرابته، وفي الفصل الثاني أطلق الوقف، لو اقتصر على قوله: صدقة موقوفة، كانت الغلة للفقراء، وقد قررنا هذا الفرق في أول هذا الفصل.

١١٢٦٤ - ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، فما يخرج من غلاتها فلزيد وعبد الله ألف درهم، لعبد الله من ذلك مائة، فخرج من غلاتها ألف درهم، كان لعبد الله مائة، والباقي لزيد؛ لأنه جعل الألف لهما، ثم بين نصيب أحدهما، فيكون ذلك مائة، بيانه أن الباقي للآخر، فإن خرجت خمسمائة، قسمت الخمسمائة بينهم على عشرة أسهم؛ لأنه أوجب الألف لهم على عشرة لما بين لزيد مائة ولو قال: ما أخرج الله تعالى من غلاتها، يخرج منها كل سنة ألف درهم، يعطى منها عبد الله مائة، ولزيد ما بقي، فنقصت الغلة عن الألف، يبدأ بعبد الله، فيعطى منها مائة، فإن بقي شيء كان لزيد، وإن لم يبق شيء، فلا شيء لزيد؛ لأنه في هذه الصورة جعل لزيد الباقي، بخلاف الفصل الأول.

١١٢٦٥ - ولو قال: أرضي صدقة موقوفة، فما أخرج الله تعالى من غلاتها، فهو لعبد الله، والفقراء، والمساكين، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو قول هلال: النصف لعبد الله، والنصف للفقراء والمساكين؛ لأن الفقراء والمساكين عندهما جنس واحد، واسم الجنس يقع على الواحد، فكأنه وقف على عبد الله وزيد، وأما على قول أبي حنيفة رضي الله الله تعالى عنه يكون ثلث الغلة لعبد الله، والثلث للفقراء، والثلث للمساكين؛ لأن عنده الفقراء والمساكين جنسان مختلفان، واسم الجنس يقع على الواحد، فكأنه وقف على ثلاثة نفر، وأما

(١) وفي "ف": يتخاصمون.

عند محمد رحمه الله تعالى: فالغلة تكون على خمسة أسهم، سهم لعبد الله، وسهمان للفقراء، وسهمان للمساكين؛ لأن عنده الفقراء والمساكين جنسان، كل واحد منهما اسم جمع، وأقل ما يطلق عليه اسم الجمع في الوصايا اثنان، والوقف نظير الوصايا.

أصل المسألة ما ذكر في الجامع الصغير:

١١٤٦٦ - إذا أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده (وهن ثلاثة) وللفقراء والمساكين، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يقسم ثلث ماله على خمسة أسهم، سهم للفقراء، وسهم للمساكين، وثلاثة أسهم لأمهات أولاده. وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يقسم ثلث ماله على سبعة أسهم، سهمان للفقراء، وسهمان للمساكين، وثلاثة أسهم لأمهات أولاده.

ثم لا بد من تفسير الفقراء والمساكين على قول من يقول: بأنهم جنسان، وقد اختلفوا فيه، بعضهم قالوا: الفقير الذي يسأل، والمسكين الذي لا يسأل، وقال بعضهم: على عكس هذا، قال بعضهم: الفقير الذي له شيء، والمسكين الذي لا شيء له، وقال بعضهم: الفقير الذي به زمانة، والمسكين الذي لا زمانة به.

ولو قال: فيما أخرج الله تعالى من هذه الأرض لقرابتي، والمساكين، فعلى قول أصحابنا رحمهم الله تعالى: يضرب كل واحد من القرابة بسهم؛ لأنهم معلومون، ويضرب المساكين بسهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهلال، وعند محمد: يضرب للمساكين بسهمين.

١١٤٦٧ - ولو قال: لقرابتي وجيراني، وموالي، والمساكين، يضرب كل واحد من القرابة، وكل واحد من الجيران، وكل واحد من الموالي بسهم، والمساكين بسهم، وعند محمد رحمه الله تعالى بسهمين. ولو قال: للفقراء والغارمين وفي سبيل الله وفي الرقاب يضرب كل فريق من هؤلاء بسهمين عند محمد، وعند أبي يوسف بسهم.

١١٤٦٨ - ولو قال: صدقة موقوفة في وجوه الصدقات، [فإنه] يجوز، والصدقات الأصناف المذكورة في كتاب الله تعالى في آية الزكاة، إلا أن في الوقف لا يعطي العاملين والمؤلفة قلوبهم؛ لأن ما يأخذه العامل عمالة، ولا عمالة في الوقف، والمؤلفة قلوبهم قد ذهبوا، فيقسم الآن على الفقراء والغارمين، وفي سبيل الله وابن السبيل وفي الرقاب

الفصل السابع عشر
في الرجل يقف أرضه على قوم، فلا يقبلون
أو يقبل بعضهم دون البعض أو يكون بعضهم حياً وبعضهم ميتاً

١١٢٦٩ - إذا قال : أرضي هذه صدقة موقوفة على عبد الله ، فقال عبد الله : لا أقبل ، فالوقف جائز ، والغلة للفقراء ، قد ذكرنا غير مرة أن بقوله : أرضي هذه صدقة موقوفة جعل الأرض للفقراء ، وبقوله : على عبد الله جعل الغلة له حال حياته بطريق الاستثناء عن حق الفقراء ، فإذا لم يقبل عبد الله بطل حقه وبطل الاستثناء فثبتت الغلة للفقراء بأصل الوقف .

١١٢٧٠ - ولو قال : صدقة موقوفة على ولد عبد الله ونسله ، فأبى رجل من ولد عبد الله أن يقبل ، فالغلة لمن قبل منهم ، ويجعل من لم يقبل بمنزلة الميت ، هكذا ذكر هلال والخصاف

وذكر الخصاف بعد هذه المسألة مسألة تناقضها من حيث الظاهر ، فقال : ولو قال : على زيد وعمرو ما عاشا ، ومن بعدهما على المساكين ، فقال زيد : قبلت ، وقال عمرو : لا أقبل ، قال : لزيد نصف الغلة ، والنصف الآخر للمساكين ، وعلى قياس المسألة الأولى : ينبغي أن تكون الغلة لزيد . ووجه التوفيق أن في المسألة الأولى سمى ولد عبد الله ، واسم الولد ينطلق على من قبل ، فجاز أن تكون [كل] الغلة له ، وفي المسألة الثانية سمى رجلين ، واسم الرجلين [لا] يطلق على الذي قبل

قال هلال في وقفه عقيب المسألة الثانية التي ذكرها : فرق بين الوقف وبين الوصية ، فإن من أوصى بثلثه لولد عبد الله ، فمات الموصي ، وولد عبد الله أربعة ، فلم يقبل واحد منهم عادت حصته إلى ورثة الموصي ، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى : ولا فرق بين المسألتين من حيث الحقيقة ، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ، وضع المسألة في الوصية فيما إذا رد واحد منهم بعد موت الموصي : وبعد موت الموصي وجب الحق لهم ، لما عرف أن وجوب الحق في باب الوصية يوم موت الموصي ، فيعمل رد الراد ، ويبطل حقه ، وتعود حصته إلى الورثة ، ومسألة الوقف محمولة على ما إذا رد واحد منهم قبل حدوث الغلة ، [وقبل حدوث الغلة] حق الموقوف عليه غير ثابت ، وإنما يثبت بعد حدوث الغلة ، فلا يعمل رد من رد ، بل يجعل كالميت ، فتكون الغلة للباقي ، فهذا القائل يقول : لو رد بعد حدوث الغلة ، تكون حصته للفقراء ، كما في الوصية ، ولو رد بعد موت الموصي ، تكون حصته للورثة ، وهذا القائل

يقول: لو رد أحد الموصى لهم الوصية قبل موت الموصي، لا يعمل، ولا تكون حصته للورثة، كما في الوقف إذا رد قبل حدوث الغلة[1]. فإذا على قول هذا القائل لا فرق بين الوصية وبين الوقف.

ومن المشايخ من قال: فرق بين الوصية والوقف، فقال في الوقف: وإن رد بعد حدوث الغلة، كانت الغلة للذي قبل بكمالها، بخلاف الوصية، والفرق ما ذكرنا من وجه التوفيق.

١١٢٧١ - ولو قال: صدقة موقوفة على ولد عبد الله ونسله، فلم يقبلوا جملة، كانت الغلة للفقراء، ولو حدث له ولد بعد ذلك، فقبل، كانت الغلة له [لأن رد من رد لا يعمل في حقه، واسم الولد يقع عليه، فتكون الغلة له][2]، فإن أخذ الغلة سنة، ثم قال: لا أقبل، ليس له ذلك، ولا يعمل رده.

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: هذا الجواب صحيح في حق الغلة التي أخذها؛ لأنها صارت ملكًا له، فلا يملك رده، فأما الغلة التي تحدث بعد هذا، فلا ملك له فيها، إنما الثابت فيها مجرد الحق، ومجرد الحق يقبل الرد، وإن قال: أقبل سنة، ولا أقبل فيما سوى ذلك، فهو كما قال، ويعمل بقوله[3] في تلك السنة وحدها.

وكذلك إذا قال: لا أقبل سنة، وأقبل فيما سوى ذلك، فهو كما قال، وتكون بمنزلة الوصية بالإعتاق إذا قبلها في البعض دون البعض - والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) وفي «ف»: قبل حصول الغلة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من نسختي «ظ» و«ف».

(٣) وفي «ظ»: قوله مكان بقوله.

اشتغل بشيء آخر ، لا يأخذ الوظيفة . وإن خرج من المصر ، إن خرج إلى مسيرة ثلاثة أيام [فصاعدا]، لا يأخذ الوظيفة لما مضى ، وإن خرج إلى بعض القرى دون مسيرة ثلاثة أيام[١] إن أقام ثمة خمسة عشر يوما فصاعدا ، لا يأخذ لما مضى ؛ لأن هذه مدة طويلة ، وإن أقام دون ذلك ، إن كان خروجا لا بد له منه ، كالخروج لطلب القوت ، فله أن يأخذ ، وإن كان خروجا له منه بد ، فإنه لا يأخذ ، ولا يؤخذ منه إذا كان غيبته قدر شهرين ، أو ثلاثة ، فإن زاد على ذلك ، جاز لغيره أن يأخذه منه .

١١٢٧٥ - في "فتاوى الفضلي" : امرأة أخذت نصيبها من الوقف على وجه الحاجة ، ثم استغنت قبل حدوث الغلة ، فعليها أن ترد ، وإن استغنت بعد حدوث الغلة لا ترد ، وإن كان ذلك قبل الإدراك ؛ لأن الحق إنما يثبت عند حدوث الغلة .

١١٢٧٦ - في "فتاوى أبي سمرقند" : إذا وقف على أقاربه المقيمين في قرية كذا ، وجعل آخره للفقراء ، فانتقل أقاربه من تلك القرية إلى قرية أخرى أو انتقل بعضهم ، فإن كانوا يحصون ، لا تنقطع وظيفتهم بالانتقال ؛ لأنهم مستحقون بأعيانهم ، فصار كما لو قال : أهل الشباب ، فشرع ، وإن كانوا [لا] يحصون ، تنقطع وظيفتهم بالانتقال ، فبعد ذلك إن انتقل الكل ، فالغلة للفقراء ، وإن انتقل البعض ، فالغلة كلها لمن [لم] ينتقل ، فلو أنهم رجعوا إلى القرية مقيمين ، تعود وظائفهم ؛ لأنه أثبت الحق للمقيمين من أقاربه مطلقا ، وهؤلاء بهذه الصفة ، وكذلك إذا وقف على أقربائه في قرية كذا ، ولم يقل : المقيمين ، وجعل آخره للفقراء ، فتحول بعضهم إن كانوا يحصون ، لا ينقطع ، وإن كانوا [لا] يحصون ينقطع وظيفة من تحول ، ويكون الغلة لمن لم يتحول ، وإن تحولوا ، فالغلة للفقراء .

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : ومن يأخذ الأجر من طلبة العلم في يوم لا درس فيه ، أرجو أن يكون جائزا .

وسئل الفقيه أبو بكر رحمه الله تعالى عن الوقف على العلوية الساكنين ببلخ ، فإن من غاب منهم ، ولم يبع مسكنه ، ولم يتخذ مسكنا آخر ، فهو من سكان بلخ ، ولم تبطل وظيفته ، ولا ترفعه - انتهى - .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبت هذه العبارة من "ظ" و"ف" .

الفصل التاسع عشر
في المسائل التي تتعلق بالصك وما فيه

١١٢٧٧ - وفي مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام عن رجل وقف دارًا [له] على أولاده، وكتب في الصك: وقف فلان على أولاده فلان وفلان وكتب أسماءهم، وتصدق به عليهم في حال حياته وبعد وفاته، فقال: هذا يوجب الفساد، لأن هذا وصية للوارث، والوصية للوارث باطلة، قال: وينبغي أن يحتاط في ذلك، فيكتب في حياته وصحته. قال: وكذا سمعته عن السيد الإمام الأجل الأستاذ أبي شجاع.

وهذا الجواب صحيح فيما إذا كان له وارث آخر سوى هؤلاء الذين وقف عليهم، غير صحيح إذا لم يكن له وارث آخر، لأن الوصية للوارث إنما تجوز لحق باقي الورثة، ألا ترى أن باقي الورثة إن أجازوا الوصية كانت الوصية صحيحة.

١١٢٧٨ - وسئل أيضًا عمن ذكر وقفًا كان فيه وقف فلان كذا على مواليه، وعلى مدرسة معلومة، وكتب فيه بيان [المفاتير](١)، وشرائط الصحة، وجميع ما يحتاج إليه الفقهاء، فأجاب: أنه غير صحيح، لأنه ذكر الموالي مطلقًا، ولم يبين الأعلى والأسفل، وكذا لم يبين التركي والهندي والرومي.

وفي فتاوى أبي الليث: سئل الفقيه أبو بكر عن رجل وقف ضيعة له، وكتب صكًا، فاشهد الشهود على ما في الصك، ثم قال الواقف: إني وقفت على أن يكون بيعي له جائزًا، وإني لم أعلم أن الكاتب لم يكتب ذلك، ولم أعلم ما في الكتاب.

١١٢٧٩ - قال: إن كان الواقف رجلا فصيحًا يحسن العربية، وقرئ عليه الصك، وكتب في الصك وقف صحيح، وأقر هو بجميع ما فيه، لا يقبل قوله، والوقف صحيح، وإن كان الواقف أعجميًا لا يعرف العربية، فإن شهد الشهود أنه قرئ عليه بالفارسية، وأقر بجميع ما فيه، لا يقبل قوله أيضًا، وإن لم يشهد بذلك، قبل قوله، وإذا عرفت هذا في صك الوقف، فكذا في صك البيع والإجارة إذا قال الآجر والبائع: ما علمت المكتوب في الصك.

١١٢٨٠ - وفيه أيضًا: سئل الفقيه أبو جعفر عن امرأة قالت لها جيرانها: اجعلي هذه الدار

---

(١) هكذا في م، وكان في الأصل: [illegible]

وقفًا على المسجد على أنك متى احتجت إلى بيعها تبيعها، فأجابت، فكتبت صكًا، فكتبوا صكًا بغير هذا الشرط(١)، وقالوا: قد فعلنا، وأشهدت عليها، وقالوا: إذا قرئ الصك عليها بالفارسية: وهي تسمع، وأشهدت على ذلك، صار الدار وقفًا، وإن لم يقرأ عليها، لا يصير الدار وقفًا؛ لأنها إنما رضيت بالوقف بشرط البيع، والوقف بشرط البيع باطل. وهذا الذي ذكر من الجواب في المسألتين إنما يتأتى على قول محمد؛ لأن على قول محمد الوقف بشرط أن يبيع باطل، أما لا يتأتى على قول أبي يوسف؛ لأن على قوله الوقف بشرط أن يبيع صحيح، وقد ذكرنا المسألة في صدر الكتاب في الفصل الرابع.

١١٢٨١ - سئل الفقيه [أبو بكر] عن رجل وقف ضيعة له، وكتب بذلك صكًا، وأخطأ الكاتب في حديها، فكتب حدين كما كانا، وكتب حدين بخلاف ذلك، قال: إن كان الحدان اللذان غلط في ذكرهما يوجدان في ذلك الموضع، لكنه بين الحدين وبين هذه الضيعة الموقوفة [أرض] أو كرم، أو دار لغير هذا الواقف، جاز الوقف، ولا يدخل ملك الغير في الوقف؛ لأنه وقف ملكه وملك غيره، فصح وقف ملكه، ولم يصح وقف ملك غيره، وإن كان الحدان اللذان غلط في ذكرهما لا يوجدان في ذلك الموضع أصلًا، ولا بالبعد عنه، فالوقف باطل إلا إذا كانت الضيعة مشهورة مستغنية عن التحديد لشهرتها، فحينئذ يجوز الوقف.

١١٢٨٢ - وسئل أبو نصر عمن أراد أن يقف جميع ماله من الضيعة في قرية كذا، وأمر بكتابة الصك في مرضه، فنسي الكاتب أن يكتب بعض أقرحه من الأرض والكروم، ثم قرئ الصك على الواقف، وكان في الصك أن فلانًا وقف ماله من الضياع في هذه القرية، وهو كذا وكذا قراحًا على وجه كذا، وبين الحدود، ولم يقرأ عليه القراح الذي نسي الكاتب لم يصر وقفًا، إلا إذا أخبر الواقف أنه أراد بذلك جميع ماله المذكور وغير المذكور، وذلك معلوم، فحينئذ يصير الكل وقفًا.

في مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام عن صك المتولي والوصي إذا لم يذكر فيه جهة وصايته، وجهة توليته أنه لا يصح الصك؛ لأن الوصي قد يكون وصي الأب، وقد يكون وصي الأم، وقد يكون وصي القاضي، وأحكامهم مختلفة، والمتولي قد يكون من جهة الواقف، وقد يكون من جهة القاضي، وأحكامهما مختلفة.

١١٢٨٣ - فإن كتب أنه وصي من جهة الحاكم، متولي من جهة الحاكم، ولم يسم القاضي الذي ولاه جاز؛ لأنه صار جهة توليته معلومة، وكذلك إذا كتب أنه وصي من جهة الحكم.

---

(١) هكذا في الأصل، ومكانه في م: [illegible] فأجابت، فكتبوا صكًا بغير هذا الشرط.

كان الصدر الشهيد في واقعاته: وعلى هذا القياس إذا احتيج إلى كتابة القضاء في المجتهدات نحو الوقف، وإجارة المشاع ونحو ذلك، فكتب وقد قضى بصحته وجوازه قاض من قضاة المسلمين، ولم يسم ذلك القاضي جاز، وإن لم يكن قضى بذلك قاض، والكاتب كتب ذلك، لا شك أنه يكون كذبًا، ولكن لا بأس به، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في آخر كتاب الوقف ما يدل عليه، فإنه ذكر إذا خاف الواقف أن يبطله قاض، فإنه يكتب في كتاب الوقف أنه قضى به قاض، وهذا لأن التصرف صحيح في نفسه، ولكن يخاف بعض القضاة إبطاله، والكاتب بهذه الكتابة يمنع القاضي عن الإبطال، فلا يكون به بأس.

١١٢٨٤- ذكر الخصاف في أدب القاضي في باب الشهادة على الحقوق: ولو أن شاهدين شهدا عند القاضي لرجل، فقالا: نشهد أن قاضيًا من القضاة أشهدنا أنه قضى لهذا الرجل على هذا الرجل بألف درهم، أو بحق من الحقوق، وسموا ذلك الحق، إلا أنهم قالوا: نشهد أن قاضي الكورة أشهدنا بذلك، ولم يسموا القاضي، لم ينفذ القاضي هذه الشهادة حتى يسموا القاضي الذي حكم، وينسبوه؛ لأن القضاء عقد من العقود، فلا بد من تسمية العاقد لإثباته، قال الخصاف: وليس هذا في هذا الموضع وحده، بل في جميع الأشياء إذا شهدوا على عقد، ولم يسموا العاقد، لا تقبل الشهادة.

١١٢٨٥- واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيما إذا شهد الشهود على أن هذا وقف على كذا، ولم يسموا الواقف، هل تقبل هذه الشهادة؟ بعضهم قالوا: نعم، قالوا: وإليه أشار الخصاف في كتابه، وصورة ما ذكر الخصاف: إذا قال القاضي المعزول: هذا وقف على كذا، وصدقه ذو اليد، أنفذه القاضي المولى، ولا يسأل المولى من المعزول عن واقفه.

وبعضهم قالوا: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن الوقف على أصل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالغلة أو المنفعة، فإذا شهد الشهود بالوقف، فقد شهدوا بملك الواقف، فلا بد من ذكره، ليمكن إثبات الملك له؛ لأن إثبات الملك للمجهول متعذر. وهذا القائل يقول: بأن ما ذكر الخصاف في أدب القاضي لا يصلح دليلًا؛ لأن ثمة إنما يقبل قول القاضي لضرورة مخالفًا للدليل، وهذا لأن القاضي المولى لو لم يقبل قول القاضي المعزول: إن هذا وقف، وسأله عن الواقف، فما يؤدي إلى بطلان الوقف، فإن القاضي المعزول لو قال: وقفه فلان، ووجد ورثة فلان الوقفية [يحتاج إلى إثبات الوقفية، وعسى لا يقدر على الإثبات، فيؤدي إلى إبطال الوقفية، عسى][1]، فلهذا اكتفى.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب ف.

بالإجمال ثمة لهذه الضرورة، وهذه الضرورة معدومة في حق الشهادة.

وقد رأيت في صدور الأصل عن محمد رحمه الله تعالى أن تسمية الفاعل شرط لقبول الشهادة، فليتأمل عند الفتوى.

١١٢٨٦ - في فتاوى أهل سمرقند: استأجر رجل من المتولي أرضاً هي وقف على أرباب معلومين، وكتب في الصك: استأجر فلان بن فلان من فلان بن فلان المتولي أرضاً في الأوقاف المنسوبة إلى فلان المعروف بكذا، ولم يكتب اسم أب الواقف وجده، ولم يعرف، جاز؛ لأنه لو كتب من فلان بن فلان المتولي في كذا، وهو وقف على أرباب معلومين، جاز، وإن لم يذكر الواقف، فهذا أحق.

١١٢٨٧ - وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن في يديه ضيعة، جاء رجل وادعى أنها وقف، وجاء بصك فيه خطوط عدول وحكام، وقد انقرضوا، وطلب من الحاكم القضاء، قال: لا يعتمد الحاكم على الخطوط، ولا ينبغي له أن يحكم بذلك.

وكذلك لو كان لوح مضروب على باب دار ينطق بالوقف، لا يقضي بها ما لم يشهد الشهود بالوقف - والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الفصل العشرون
في المسائل التي تتعلق بالدعاوى والخصومات والشهادة في باب الوقف

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع في المسائل التي تعود إلى الاستيلاء على الوقف:

١١٢٨٨ – قال الخصاف في وقفه: إذا أنكر والي الوقف – أي قيم الوقف – الوقف، فهو غاصب، ويخرج من يده، فإن نقص منها شيء بعد الجحود، فهو ضامن، ذكر الضمان من غير ذكر الخلاف، وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: هذا على قول من يرى ضمان العقار بالغصب، وهو [قول] محمد وأبي يوسف أولاً، وبه أخذ الخصاف وهلال ابن يحيى.

ومنهم من قال: هذا قول الكل؛ لأن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله تعالى آخراً إن كانا لا يريان ضمان العقار بالغصب يريان ضمانه بالجحود، وذكر شيخ الإسلام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرح كتاب الصلح: أن في "المبسوط" و"النوادر" في وجوب ضمان العقار بالجحود عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه روايتان، وكذلك إن غصبها رجل أجنبي من القيم، أو من الواقف، ثم ردها، وقد انتقصت، يضمن النقصان، وهذا قول محمد وأبي يوسف أولاً. قال: ولا يفرق[1] ذلك على أهل الوقف، يعني ما أخذ من الغاصب من ضمان النقصان لا يصرف إلى الموقوف عليهم. وإنما يصرف إلى مرمته؛ لأن حقهم في الغلة لا في رقبته، وهذا الضمان بدل الرقبة. فإن زاد الغاصب فيها زيادة من عنده، فإن كان شيئاً هو ليس بمال، ولا له حكم المال، فإن للقيم يأخذها بلا شيء، وإن كان مالاً قائماً نحو الأغراس، والبناء، أمر الغاصب برفع البناء، وقلع الأشجار، ورد الأرض، إلا إذا كان يضر بالوقف، بأن كان يخرب الأرض بقلع الأشجار، أو يخرب بناء الوقف بسبب رفع بنائه، فحينئذ لا يؤمر الغاصب، بل يمنع عنه لو أراد أن يفعل ذلك، [ويضمن] القيم قيمته من الوقف، فإن كان عنده غلة فيه كفاية، أدى من ذلك، وإن لم يكن يؤاجر الوقف، ويؤدي

---

(١) وفي "ب": ولا يعرف.

يرجع في غلة الوقف، ولا يرجع على الموقوف عليهم في أموالهم سوى غلة الوقف؛ لأنه إنما جعل أمينًا في غلة الوقف، لا في سائر أمواله.

وهو نظير المزارع إذا غاب، فأنفق رب الأرض على الزرع في سقيه، وما يحتاج إليه؛ يرجع بذلك في نصيب المزارع، لا في سائر أمواله، كذا هنا.

١١٢٩٣- ولو كان القيم حين أخذ القيمة اشترى بها أرضًا أخرى للوقف، ثم ردت الأرض الأولى عليه، كانت وقفًا على حالها، وخرجت الأرض الأخرى من الوقفية، وكان للقيم أن يبيعها، ويؤدي من ثمنها القيمة التي قبضها، وإن كان فيها نقصان، كان ذلك على القيم في ماله، ولا يرجع بذلك على غلات الوقف قياسًا واستحسانًا، بخلاف ما تقدم؛ لأن في هذا الفصل لما عادت الأرض الأولى إليه وقفًا، ظهر أن القيم اشترى الأرض الأخرى لنفسه، وقد نقد القيمة في ثمن ما اشترى لنفسه، فصار مستهلكًا القيمة في منفعة نفسه؛ فلا يرجع بنقصان ذلك في غلات الوقف.

ولو كان الواقف شرط الاستبدال، فباعها القيم، وقبض الثمن، فضاع عنده، ثم ردت الدار الأولى عليه بعيب بقضاء قاضي، ضمن القيم الثمن من مال نفسه، ثم يبيع الأرض الوقف التي ردت عليه بالثمن الذي غرم؛ لأن الواقف شرط بيعها عند العذر، وهذا عذر حيث غرم بسببه، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك القيم عاجز عن بيعها؛ لأنها وقف لم يشترط بيعها والاستبدال بها.

١١٢٩٤- إذا غصب الدار الموقوفة [أو الأرض الموقوفة] فهدم بناء الدار، وقلع الأشجار، كان للقيم أن يضمنه قيمة الأشجار والنخيل، والبناء إذا لم يقدر الغاصب على رده، ويضمن قيمة البناء، وقيمة الأشجار والنخيل نابتًا في الأرض؛ لأن الغصب(١) ورد هكذا، فإن ضمن الغاصب قيمة ذلك، ثم ظهرت الدار والأرض والنقض والأشجار، يعني قوله: ظهرت الدار قدر الغاصب على رد الدار والنقض والأشجار، فالغاصب يرد العرصة على الوقف، وأما النقض والشجر فيكون للغاصب، ويرد القيم على الغاصب حصة العرصة، وهذا لأن العرصة ليست بمحل للنقل من ملك إلى ملك، فلا يملكها الغاصب بالضمان، وأما النقض والأشجار فإنها لم تكن محلاً للنقل تبعًا للأرض، وقد زال التبعية، فصارت محلاً للنقل، فيملكها بالضمان، ألا ترى أن المسجد إذا انهدم، ولم يصلح النقض للعمارة كان للقيم أن يبيع النقض عن رأي منه، فكذا هنا.

(١) هكذا في جميع النسخ التي عندنا، وفي حاشية ظ: لعله الغصب في الأصل ورد.

رحمهم الله تعالى أن هذه المسألة دليل على أن دعوى الموقوف عليه [أن هذا وقف عليه](١) صحيح، وليس الأمر كما ظنوا.

وهذه المسألة لا تصلح دليلاً؛ لأن الدعوى ههنا ما وقعت في الوقفية، إنما وقع في غصب الوقف وإتلافه.

١٢٢٩٨ - رجل وقف مرضعًا في حياته، وصححه، وأخرجه من يده، فاستولى عليه غاصب، وحال بينه وبينه، يؤخذ من الغاصب قيمته، ويشترى به موضعًا آخر، فيوقف على شرائطه؛ لأن الغاصب لما جحد صار مستهلكًا، [والشيء المثلي إذا صار مستهلكًا] يجب الاستبدال به، كالفرس المسبل في سبيل الله إذا صار مستهلكًا، فهذا استحسان، أخذ به المشايخ.

١٢٢٩٩ - رجل وقف ضيعة له، ثم إن الواقف زرعها، وأنفق فيها، وأخرجت زرعًا، والبذر من قبل الواقف، فقال: أنا زرعتها لنفسي ببذري، وقال أهل الوقف: إنما زرعتها للوقف، فالقول قول الواقف الزارع، والزرع له من قبل أن البذر له، فإن سأل أهل الوقف من القاضي أن يخرجها من يده، إذا كان قد زرعها لنفسه، ولم يكن له ذلك، لا يخرجها من يده، ولكن يتقدم إليه في زراعتها للوقف، فإن احتج بأنه ليس للوقف عنده مال ولا بذر، قال له القاضي: استدن على الوقف، واجعل ما تستدين به في البذور، والنفقة على الزرع، فإن قال: لا يمكنني ذلك، قال لأهل الوقف: استدينوا أنتم ما تشترون به بذرًا، وما يكون في النفقة على ذلك، حتى يأخذوا ذلك مما يجيء من الغلة، فإن قالوا: لا نأمن أن نستدين نحن ونشتري البذر، فإذا صار في يد الواقف جحد ذلك، ولكن نحن نزرع، فإنه لا ينبغي أن يعطيهم ذلك؛ [لأن] الذي وقف أحق بالقيام، إلا أن يكون مخوفًا عليه، لا يؤمن أن يبيعه.

١٢٣٠٠ - فإن سأل الوقف الأرض، وأنفق عليه، فأصاب الزرع آفة من غرق أو غير ذلك، وذهب الزرع، فقال الواقف: استدنت وزرعت هذا الزرع الذي عطب للوقف، وجاءت غلة أخرى، فأراد أن يأخذ من هذه الغلة ما ذكر أنه استدانه لذلك، أو قال أهل الوقف: إنما زرع ذلك لنفسه، فالقول في ذلك قول الواقف، وله أن يأخذ من هذه الغلة ما استدانه لهذا الزرع.

فإن قال الواقف الزارع: استدنت ألف درهم، واشتريت بها بذرًا، وأنفقت عليه، وقال أهل الوقف: إنما أنفقت [من ثمن] البذر، والنفقة على الزرع خمسمائة، قال: يصدق الواقف

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه الزيادة من نسخة ف.

في مقدار ما ينفق على مثل ذلك. فإن اختلف والي الوقف -يعني القيم- وأهل الوقف في الزرع، فقال الوالي: زرعتها لنفسي ببذري ونفقتي، وقال أهل الوقف: بل زرعتها لنا، فالقول قول الوالي.

نوع آخر [منه]

في المسائل التي تعود إلى الدعوى في الوقف:

١١٣٠١ - رجل باع أرضًا، ثم قال: إني كنت وقفتها، أو قال: هي وقف علي، وإن لم يكن له بينة، وأراد تحليف المدعى عليه، ليس له أن يحلفه؛ لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة، والدعوى هنا لم تصح لمكان التناقض. وإن أقام البينة، قال الفقيه أبو جعفر: قبلت البينة، ونقض البيع؛ لأن أكثر ما فيه أن الدعوى لم تصح، بقيت الشهادة بلا دعوى، إلا أن الشهادة على الوقف مقبولة [من غير دعوى]؛ كالشهادة على الطلاق وعلى عتق الأمة. وبه أخذ الصدر الشهيد في واقعاته، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وقال بعض الناس: لا تقبل البينة، ولكن لا نأخذ به.

١١٣٠٢ - في فتاوى النسفي: ادعى مشتري الأرض على بائعه أن هذه الأرض وقف، وقد بعتها مني أيها البائع بغير حق، قال: ليس له هذه المخاصمة، إنما ذلك إلى المتولي، وإن لم يكن ثمة متولٍّ، فالقاضي ينصب متوليًا، فيخاصمه، ويثبت الوقفية، فإذا ثبت ذلك، ظهر بطلان البيع، فيسترد المشتري الثمن من بائعه.

وفيه أيضًا: رجل ادعى ضيعة في يدي رجل أنها وقف علي، لم يسمع الدعوى منه، وإنما يسمع من المتولي، وهذا لأن الموقوف عليه مصرف الغلة، ولا حق له في الرقبة، فلا يصح منه الدعوى في الرقبة. وأشار الخصاف في وقفه في مسائل أن دعواه صحيحة.

١١٣٠٣ - فمن جملة تلك المسائل، قال: إذا كانت الأرض في يد غاصب، أقام أهل الوقف بينة أن فلانًا وقفها عليه، وأنه مات وهو مالكها لم أقض بأنها وقف، وإنما أقضي بأنها ملك، علل، فقال: لأنه يجوز أنه ملكها بعدما وقفها، أو يجوز أنه وقفها ولم يكن يملكها [ثم ملكها]، علل بهذه العلة، ليبان أنه لا يقضي بأنها وقف لا بعلة أنه ليس له ولاية الدعوى.

ومن جملة ذلك قال: قوم ادعوا أرضًا في يدي رجل، وقالوا: وقفها فلان علينا، والذي في يديه يقول: الأرض لي، فأقاموا البينة أن فلانًا وقف هذه الأرض عليهم، لا يستحقون بهذه البينة شيئًا، علل، فقال: لأن الإنسان قد يقف ما لا يملك، ولم يقل: لأنه ادعى

ما ليس له أن يدعي ، وكذلك لو أقاموا بينة أنه وقف علينا ومن بعدنا على المساكين ، وكانت في يده يوم وقفها ، لا يستحقون بهذا شيئًا .

١١٣٠٤ - وكذلك لو شهد الشهود أنه أقر عندنا ، وأشهدنا على نفسه أنه وقف هذه الأرض وقفًا صحيحًا ، وأنها كانت في يده حتى مات ؛ فالقاضي لا يقضي بالوقف ، ولو شهد الشهود أن فلانًا أقر عندنا أنه وقف هذه الأرض وحددها ، وأنه كان ملكها في وقت ما وقفها ، قضينا عليه بأنها وقف من قبل الواقف ، وأخرجها من يدي الذي هي في يده . وهذه المسألة صريح أن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة ، إذ لو لم تكن صحيحة كانت الشهادة بلا دعوى ، والشهادة في حقوق العباد بدون الدعوى لا تقبل ، فينبغي أن لا تقبل الشهادة في هذه المسألة ، ولا يقضي بكونها وقفًا .

١١٣٠٥ - وإذا قال لغيره : هذه الضيعة وقف عليك ، ثم ادعاها بعد ذلك لنفسه ، لا تسمع دعواه لمكان التناقض .

ادعى دارًا في يدي رجل أنها ملكه بأصلها ، وبنائها ، وأنكر المدعى عليه ذلك ، وادعى أنها وقف على مصالح مسجد كذا ، فأقام المدعي البينة على دعواه ، وقضي به ذلك ، وكتب له السجل ، ثم إن المدعي أقر أن أصل الدار وقف ، والبناء له ، بطل دعواه والحكم والسجل ، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند . وقيل : ينبغي أن يسأل القاضي أنها وقف من جهتك ، أو وقفتها بعد ما قضي بالملك ، أو وقف من جهة غيرك ؟ إن قال : من جهتي ، لا يبطل القضاء ؛ لأن قوله هذا يقرر القضاء ، ولا ينافيه ، وإن قال : من جهة غيري ، حينئذ يبطل القضاء لإقراره ببطلان القضاء .

وفيه أيضًا : صاحب الأوقاف إذا أراد أن يسمع الدعوى في أمور الأوقاف ، ويقضي بالنكول ، وبالبينة إن ولاه[1] السلطان ذلك نصًا ، أو عرف ذلك دلالة جاز ؛ لأنه صار كالقاضي المولى ، وإن لم يكن شيء من ذلك لا يجوز .

١١٣٠٦ - في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى : ضيعة في يدي رجل ، وضيعة أخرى في يدي رجل آخر ، ادعى رجل أن هاتين الضيعتين وقف عليه جده على أولاده وأولاد أولاده أبدًا ما تناسلوا ، وأحد الرجلين غائب ، فأقام المدعي البينة على الحاضر ، إن شهد الشهود أنهما ملك الواقف ، وقفهما جميعًا وقفًا واحدًا ، وذكر شرائط الوقف ، قضى القاضي على الحاضر بكون الضيعة وقفًا ؛ لأن الحاضر هنا ينتصب خصمًا عن الغائب ، فصار كأحد

---

(١) وفي ب و م : ولاه مكان أولاه .

الورثة، وإن شهدوا أنه وقف وقفين متفرقين، يقضي بوقفية الضيعة[1] التي في يدي الحاضر هنا فحسب؛ لأن الحاضر هنا لا ينتصب خصمًا عن الغائب. وفي المسألة نوع إشكال، وينبغي أن يقضي بوقفية [الضيعة التي في يد] الحاضر في الوجهين جميعًا؛ لأنه أحق هذا بأحد الورثة.

وذكر في الجامع الصغير: أن أحد الورثة إنما ينتصب خصمًا عن الباقين للمدعى في عين في يده ذلك الوارث، حتى إن من ادعى عينًا من تركة الميت، وحضر وارثًا واحدًا ليس العين المدعى في يده، وأقام بينة على دعواه، لا تسمع بينته، وفي مسألتنا هذه إحدى الضيعتين في يد الغائب، فكيف يقضي بوقفيتها على الحاضر؟ وعلى قول من يقول بجواز القضاء بوقفية الضيعتين يشترط ذكر حدود الضيعة التي في يد الغائب.

١١٣٠٧ – ادعى كرمًا في يدي رجل، وأقر المدعى عليه أنه وقف الكرم وقفًا صحيحًا بشرائطه، ولم يكن للمدعي بينة، وأراد تحليف المدعى عليه، إن أراد تحليفه ليأخذ الكرم لو نكل عن اليمين، لا يحلف؛ لأنه [لا يصل إلى ذلك، فلا يكون في التحليف فائدة، وإن أراد أن يأخذ القيمة لو نكل عن اليمين، يحلف؛ لأنه][2] يصل إليه لو نكل، ففي التحليف فائدة.

١١٣٠٨ – رجل وقف ضيعة له على الفقراء في صحته، ثم مات، فجاء إنسان، وادعى أن الضيعة له، وأقر الورثة بذلك، لم يبطل الوقف؛ لأن إقرارهم في حق بطلان الوقف غير صحيح، ويضمنون قيمة الضيعة من تركة الميت. وهذا الجواب يجب أن يكون قول الكل، لا قول محمد رحمه الله تعالى خاصة؛ لأنه لا خلاف في وجوب [ضمان] الضيعة بالإتلاف، وإنما الخلاف في وجوب الضمان بالغصب، وهذا إتلاف، وليس بغصب.

وإن أنكرت الورثة ذلك، فأراد المدعي أن يحلفهم، يقال له: أتريد تحليفهم لتأخذ الضيعة إن نكلوا، [أو لتأخذ القيمة إن نكلوا] فإن قال: لآخذ الضيعة، فلا يمين له عليهم؛ لأنه لا يصل إلى الضيعة إن نكلوا، لما ذكرنا في فصل الإقرار، وإن قال: لآخذ القيمة، فله عليهم اليمين؛ لأنه [لا] يصل إلى القيمة لو نكلوا، فكان التحليف مفيدًا.

١١٣٠٩ – في فتاوى الفضلي: بيت فوقه بيت، وهو متصل بالمسجد، ويتصل صف المسجد بصف البيت الأسفل، ويصلى في البيت الأسفل في الصيف، واختلف أهل المسجد وأرباب البيت الذي يسكنون العلو، قال الأرباب: إن ذلك ميراث لنا، فالقول قولهم؛ لأن العلو في أيديهم، والقول قول صاحب اليد، فيثبت بقولهم إن العلو ملك لهم، وإذا

---

(١) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: الضيعتين.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، ر، وف.

صار العلو ملكاً لهما، لا يصير السفل مسجداً؛ لأنه لا يتحقق الشرط، وهو الخلوص، وسيأتي جنس هذه المسألة في موضعه -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر منه

في المسائل التي تعود إلى الشهادة في الوقف:

١١٣١٠ - إذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه، ولم يحددها الشاهدان، فالشهادة باطلة. وكذلك إن حدها أحدهما دون الآخر، كانت الشهادة باطلة. وكذلك لو شهدا أنه وقف أرضه التي في موضع كذا، وقالا: لم يحدها لنا، فالشهادة باطلة، قال الخصاف: إلا أن تكون أرضاً مشهورة تغني شهرتها عن تحديدها، فإن كان كذلك، قضيت بأنها وقف.

وإن حداها بحدين، فالمشهور عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه لا تقبل، ومن أصحابنا من قال: إذا ذكرا حدين متقابلين يقبل؛ لأن ما بينهما يصير معروفاً بمعرفتهما إذا كان طرفاها مستويان، وإن حداها بثلاث حدود، قبلت الشهادة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى إقامة للأكثر مقام الكل.

سئل الخصاف، فقيل: إذا قبلنا هذه الشهادة بثلاثة حدود، فكيف تحكم بالحد الرابع؟ قال: أجعل الحد الرابع بإزاء الحد الثالث حتى ينتهي إلى مبدأ الحد الأول، أي بإزاء الحد الأول.

١١٣١١ - وإن شهدا أنه وقف أرضه التي في موضع [كذا] وحدها لنا، إلا أنا نسيناه، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا على أنفسهما بالغفلة، وإن قالا: لم يحدها لنا، ولكنا نعرف الحدود، ذكر هلال أن القاضي لا يقبل شهادتهما، قال القاضي الإمام الأستاذ الكبير أبو زيد رحمه الله تعالى: تأويل هذا أنهما لم يبينا للقاضي، أما إذا بيناه، وعرفاه، تقبل. وذكر الخصاف في هذه الصورة أني أجيز الشهادة، وأقضي بالدار والأرض محدودها وقفاً، وأقول [للشهود: سموا] الحدود، فأقضي بما يسمون، ويحدون.

قال هلال: وكذلك لو قالا: لم يكن في المصر إلا تلك الأرض ثم يقبل، فأما إذا قالا: أشهدنا أنه وقف هذه الأرض وهو فيها، ولم يحدها لنا، فالشهادة جائزة إذا كانا يعرفانها. قال القاضي الإمام: هذا تأويل هذا إذا بينا للقاضي وعرفاه، فأما إذا لم يبينا، لا تقبل شهادتهما.

١١٣١٢ - وإن شهدا أنه حدها لنا، ولكنا لا نذكر الحدود التي حدها لنا، فالشهادة

باطلة، وإن كانا يعرفان الحدود، ولكنهما لا يعرفان الأرض ؛ لأنهما كانا غائبين عنها، تقبل شهادتهما، ويكلف القاضي مدعي الوقف أن يقيم شاهدين آخرين يشهدان أن هذه الأرض بحدودها هي تلك الأرض التي يشهد الشهود بوقفيتها، فإذا شهدا أنه أرانا[1] حدودها، ووقفها عليه، ولكن لم يبين لنا حدودها، قبلت شهادتهما.

١١٣١٣ - وإذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف حصته من هذه الأرض، أو من هذه الدار، ولا يعرفان ما حصته، فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على قياس مسألة البيع، وهو ما إذا باع حصته من هذه الدار، أو من هذه الأرض، ولم يعلم المشتري حصته، لا يجوز البيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبي يوسف: يجوز البيع، وإن لم يعلما حصته، والهبة لا تجوز إذا لم يعرف حصة الواهب بلا خلاف، فالوقف على قول أبي يوسف رحمه الله، لا يجوز قياسًا على الهبة، ويجوز استحسانًا كالبيع.

وجه القياس أن الواقف أزال الملك بغير بدل، فصار كالهبة، وجه الاستحسان أن الوقف لو لم يصح [إنما لا يصح] لعدم التسليم، ولا وجه إليه؛ لأن وقف المشاع عنده صحيح.

١١٣١٤ - وإن شهدا أنه أقر عندهما أنه جعل حصته من هذه الأرض التي في موضع كذا حدودها كذا صدقة [موقوفة] لله تعالى، وهي ثلث جميع هذه الأرض على كذا، وجعل آخره للمساكين، فنظر الحاكم، فوجد حصته من هذه الأرض نصفها أو ثلثيها، قال الخصاف: ويجعل جميع حصته وقفًا على الوجوه التي سماها، قال رحمه الله تعالى: وقد قال أصحابنا في رجل قال لآخر: بعتك جميع حصتي من هذه الأرض، وهو ثلث بألف درهم، فإذا حصته نصفها، فليس للمشتري إلا الثلث الذي سماه له، وقالوا: فيمن أوصى لرجل، وقال: أوصيت لك بثلث مالي، وهو ألف درهم، فإذا ثلث ماله أكثر من الألف: فللموصى له جميع الثلث.

قال الخصاف: وعندي أن الوقف نظير الوصية؛ لأنه ليس بعقد معاوضة، وإن جعل غلة ذلك على قوم سماهم، ومن بعدهم على المساكين، فصدقه القوم الذي وقف عليهم، وقالوا: إنما قصد وقف الثلث عينًا، قال: تصديقهم وسكوتهم في ذلك سواء، ويمضي جميع حقه وقفًا، ويجعل للقوم الذين هم بأعيانهم عنه كلمة من ذلك، ويجعل[2] فضل ما بين الثلث إلى النصف للمساكين.

---

(١) وفي نسخة ط: أدارنا على حدودها.

(٢) هكذا في ط، وفي بقية النسخ: جعل.

١١٣١٥ - وإذا شهدا على رجل أنه وقف أرضه، واختلفا فيما بينهما، فشهد أحدهما أنه وقف أرضه في موضع كذا، وشهد الآخر أنه وقف أرضه في موضع كذا، وسميا موضعًا آخر، لاتقبل الشهادة؛ لأنه ماشهد على وقفية كل أرض إلا شاهد واحد.

ولو شهد أحدهما أنه وقف [تلك] الأرض وحدها، وشهد الآخر أنه وقف تلك الأرض، وأرضًا أخرى قبلت الشهادة على ما اتفقا عليه، ولو شهد أحدهما أنه وقف هذه الأرض كلها، وشهد الآخر أنه وقف نصفها، قبلت الشهادة على النصف، وقضي بوقفية نصف هذه الأرض، هكذا ذكر هلال والخصاف.

قيل: هذا الجواب مستقيم على مذهبهما، غير مستقيم على مذهب أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، كما لو شهد أحد الشاهدين على تطليقة، وشهد الآخر على نصف تطليقة، فإن هناك لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقبل على نصف تطليقة.

ومنهم من قال: هذا على الاتفاق؛ لأن الأرض معينة، فصار ما لو شهد أحدهما على طلاق امرأة، وشهد الآخر على طلاقها وطلاق أخرى.

١١٣١٦ - ولو شهد أحدهما أنه جعل له ثلث الغلة، وشهد الآخر أنه جعل له نصفها، قبلت الشهادة على الثلث عندهما، وإن شهد أحدهما أنه وقف نصفها مشاعًا، وشهد الآخر أنه وقف نصفها مقسومة، فالشهادة باطلة.

١١٣١٧ - ولو شهد أحدهما أنه وقفها يوم الخميس، وشهد الآخر أنه وقفها يوم الجمعة، قبلت الشهادة؛ لأن الوقف تصرف قولي، والقول يعاد ويكرر، فلا يضره اختلاف الزمان والمكان، كالبيع، قيل: هذا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، أما على قول محمد لاتقبل هذه الشهادة [لأن الوقف وإن كان قوليًا إلا أنه يتضمن فعلا، وهو التسليم، فإن التسليم عند محمد شرط صحته، وكل قول يتضمن فعلا كالنكاح، واختلفا فيه في الزمان والمكان لا تقبل الشهادة][١].

١١٣١٨ - ولو شهد أحدهما أنه وقفها وقفًا صحيحًا في صحته، وشهد الآخر أنه وقفها بعد موته، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن أحدهما شهد بالوقف، والآخر شهد بالوصية.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا.

١١٣١٩ - ولو شهد أحدهما أنه وقفها وهو صحيح، وشهد الآخر أنه وقفها في المرض، قبلت الشهادة، وتكون جميع الأرض وقفًا إن كان يخرج من الثلث، وإن كان لا يخرج من الثلث يصير ثلثها وقفًا؛ لأنهما اتفقا على وقف الأرض، واختلفا في الوقف إن كانت الأرض تخرج من الثلث، وإن كانت [الأرض] لا تخرج من الثلث، فقد اتفقا على ثلثها، واختلفا فيما وراء ذلك، فثبت ما اتفقا عليه، ولا يثبت ما تفرد به أحدهما.

١١٣٢٠ - ولو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على الفقراء، وشهد الآخر أنه جعلها صدقة موقوفة [على المساكين]، قبلت الشهادة؛ لأنهما اتفقا على الفقراء، فإن من قال: [أرضي هذه صدقة موقوفة] كانت وقفًا على الفقراء، فقد اتفقا على كونها وقفًا على الفقراء فيثبت ذلك، ويبطل ما تفرد به أحدهما، والحاصل أنهما إذا اتفقا على كونها صدقة [موقوفة] وتفرد أحدهما بزيادة شيء لا يثبت الزيادة، ويثبت ما اتفقا عليه، وهو كونها وقفًا على الفقراء.

١١٣٢١ - وعلى هذا قلنا: إن شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على عبد الله، وشهد الآخر أنه جعلها صدقة موقوفة على زيد، تكون وقفًا على الفقراء؛ لأنهما اتفقا على جعلها صدقة موقوفة.

وذكر الخصاف في وقفه: إذا شهد أحدهما أنه أقر أنه جعلها صدقة على الفقراء والمساكين، وشهد الآخر أنه وقفها على الفقراء، حكم عليه بالوقف على الفقراء في قول حسن بن زياد من قبل: إنه قال: الفقراء والمساكين لهم سهم واحد، قال: ومن قال: الفقراء والمساكين سهمان، يجعل نصفها وقفًا للفقراء، ويبطل النصف، قال: وهذا القول من رواية محمد بن الحسن في الجامع الصغير.

١١٣٢٢ - ولو شهد أحدهما أنه جعلها وقفًا على عبد الله وولده من بعده، وشهد الآخر أنه جعلها وقفًا على عبد الله خاصة، فهي على عبد الله؛ لأنهما اتفقا عليه، ولو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على عبد الله وزيد، وشهد الآخر أنه جعلها على عبد الله خاصة: قضي بالنصف لعبد الله، والنصف الآخر للفقراء، أما النصف لعبد الله: فلأنهما اتفقا على عبد الله، وأما القضاء بالنصف فلأنهما اتفقا على النصف له، واختلفا في النصف الآخر، شهد أحدهما به لعبد الله، وشهد الآخر به لزيد، فما اتفقا عليه يثبت، وما اختلفا فيه لا يثبت، ويجعل ذلك

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، و م.

كالمسكوت عنه، فيكون للفقراء، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى اتفقا على كونه لعبد الله. زاد أحدهما لولده من بعده، فلم تثبت هذه الزيادة، وثبت ما اتفقا عليه، وهو كونه لعبد الله.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وما ذكر من الجواب أنه يقضى لعبد الله بالنصف يجب أن يكون قول الكل؛ لأنهما لم يختلفا في لفظة الشهادة لعبد الله، وإنما زاد أحدهما حصة زيد، فلم يثبت ذلك بمجرد قوله، فيكون للفقراء.

١١٣٢٣ - وإذا شهد أحدهما أنه جعل لعبد الله مائة درهم في كل سنة من غلات هذه الأرض، وشهد الآخر أنه جعل له [مائتي درهم، لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله، كما لو شهد أحدهما لرجل على رجل][1] بمائة درهم، وشهد الآخر بمائتي درهم.

ولو قال أحدهما: جعل له من الغلة في كل سنة مائة درهم، وقال الآخر: في سنة واحدة، فإنه يثبت في السنة الأولى عندهم؛ لأنهما اتفقا عليه.

١١٣٢٤ - قال الخصاف في وقفه: لو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين، وشهد الآخر أنه جعلها صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وأبواب البر، تقبل هذه الشهادة؛ لأن جميع ذلك من أبواب البر، ألا ترى لو أوصى لرجل بثلث ماله في أبواب البر، ففرقه القاضي في الفقراء والمساكين إن ذلك جائز، قال: ولو شهد أحدهما أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين،[2] وشهد الآخر أنه جعل أرضه موقوفة على الفقراء والمساكين وفقراء قرابته، قال: هذا لا يشبه أبواب البر؛ لأن الذي شهد لفقراء قرابته، ثم يشهد بجميع الغلة للفقراء والمساكين، ألا ترى أن رجلاً لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين وفقراء قرابته أني أنظر إلى عدة فقراء قرابته يوم مات، فأضرب لهم في الثلث بعددهم، وأضرب للفقراء والمساكين بسهمين، فإن كان فقراء قرابته عشرة، كان لهم عشرة أسهم، وللمساكين سهمان، فكذلك في الوقف أنظر إلى فقراء القرابة، وأنظر كم يصيب الفقراء، فأجعل ذلك وقفًا عليهم.

١١٣٢٥ - إذا شهد شاهدان أنه جعل هذه الأرض صدقة موقوفة علينا، أو على أحدنا، أو على أولادنا، أو آبائنا، أو أجدادنا، أو ما أشبه ذلك، لا تقبل الشهادة.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١١٣٢٦ - فإن قيل: إذا شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة أبداً ينبغي أن يبطل قوله: علينا. ويبقى قوله: صدقة موقوفة، فيقضي للفقراء، كما لو اقتصر على قولهما: صدقة موقوفة، ألا ترى أنا ذكرنا قبل هذا أنه إذا شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة، فقال أحدهما: على عبد الله، وقال الآخر: على زيد، يبطل قولهما: على زيد وعبد الله، ويبقى قولهما: صدقة.

قلنا: في تلك المسألة الكلام خرج مخرج الصحة؛ لأنه شهادة كاملة، فيثبت ما اتفق عليه لتمام الحجة، ويبطل ما اختلف فيه لعدم الحجة، وهنا الكلام خرج مخرج الفساد؛ لأنه خرج على وجه الدعوى فيبطل كله، كما لو شهدا أنه أبرأنا وفلاناً عن الدين، أو شهدا أنه قذف أمنا وفلاناً بكلام واحد، أو غاظب الحبس، فأحدث أحدهما، لم يجز اتفاقاً، ولو شهدا أنه وقف أرضه علينا وعلى قوم آخرين فهذا كله باطل، ولا يجوز للشركاء سواهم.

لأن الكلام خرج على وجه الفساد، وكذلك إذا قالا: على قرابته، وهما من أقربائه، أو [قالا] على نسله، وهما من نسله، أو قالا: على آل عباس، وهما من آل عباس.

ولو قالا: علينا وعلى قوم آخرين معلومين، فأردنا أن لا يبطل شهادتهما، فلم يقبل ذلك، قبلت شهادتهما؛ لأن نخص كلاهما شهادة، وانعدمت التهمة، وصار كالشفيعين إذا شهدا بالبيع، وقالا: سلمنا الشفعة، قبلت شهادتهما. ولو شهدا بقرابة الوقف، وهما من قرابته، وقالا: لم نقبل ذلك، لم تقبل شهادتهما؛ لأن أولادهما من قراباتهما، وردهما في حق [الأولاد] لا يصح، فصارا شاهدين لأولادهما، وكذلك إذا لم يكن لهما أولاد؛ لأنه قد يحدث لهما، فيستحقون بهذه الشهادة، فصارا شاهدين لأولادهما مؤجلاً، والبيع المؤجل والمعجل في منع قبول الشهادة على السواء.

١١٣٢٧ - وإذا وقف الرجل كراسة على مسجد لقراءة القرآن، أو على أهل مسجد، وهم يحصون، حتى جاز الوقف، فشهد أهل ذلك المسجد على وقف الكراسة، فهذه الشهادة نظير مسألة شهادة أهل مدرسة على وقف تلك المدرسة، أو شهادة أهل محلة على وقف تلك المحلة، والمشايخ رحمهم الله تعالى فصلوا الجواب [فيها] فقالوا في شهادة أهل المدرسة: إن كانوا يأخذون الوظيفة من ذلك الوقف، لا تقبل شهادتهما، وإن كانوا لا يأخذون، تقبل. وكذلك قالوا في أهل المحلة: من شهد وهو يأخذ من ذلك، لا تقبل شهادته؛ لأنه حينئذ يكون بهذه الشهادة جاراً مغنماً، وكذلك الشهادة على وقف مكتب، والشاهد صبي في المكتب. وقيل: في هذه الشهادة تقبل الشهادة على كل حال؛ لأن كون الفقيه في المدرسة

وكون الرجل في المحلة ، وكون الصبي في المكتب ليس بأمر لازم ، بل ينقل الرجل من مدرسة إلى مدرسة ، ومن محلة إلى محلة ، والصبي من مكتب إلى مكتب ، وعلى هذا قلنا : إذا شهدا أنه وقف على فقراء جيرانه ، وهما من فقراء جيرانه ، أو شهدا أنه وقف على فقراء هذا المسجد ، أو شهدا أنه وقفها على فقراء [أهل] المسجد بالبصرة ، أو على فقراء أهل مصر كذا ، وهما من ذلك تقبل شهادتهما ، بخلاف ما إذا شهدا أنه وقف على فقراء القرابة [وهما من فقراء القرابة] حيث لا تقبل شهادتهما ؛ لأن الجوار لا يدوم ، بل يتحول ، وينقطع ، فإنما يستحق بالجوار وقت القسمة ، وذلك غير ثابت وقت الشهادة ، فلم يكن شاهدا لنفسه ، فلا يمنع قبول الشهادة ، أما القرابة ، فإنها تدوم ، ولا تنقطع ، فإنما تستحق بهذه القرابة

ألا ترى [أن] فقراء القرابة يعتبر يوم حدوث الغلة ، وفي فقراء الجيران وهذه المسألة تعتبر وقت قسمة الغلة ، فكان سبب الاستحقاق في الجوار وقت القسمة ، وذلك ليس بموجود الحال ، وسبب الاستحقاق في القرابة هو القرابة قبل القسمة ، وهو موجود في الحال .

١١٣٢٨- أرض في يدي رجل ، يزعم أنها ملكه ، فادعى قوم أن هذا الرجل وقف هذه الأرض وقفا صحيحا علينا [وذو اليد] منكر ، فأقاموا بينة على ما ادعوا ، قبلت بينتهم ، وحكمت عليه بالوقف ، وأخرجها من يده ، وهذه المسألة تصريح أن الدعوى من الموقوف عليه صحيح .

وكذلك إذا ادعى رجل أنه وقف هذه الأرض على المساكين ، وهو يجحد ذلك ، وأقام البينة على إقراره بذلك ، حكمت عليه بالوقف للمسلمين ، وأخرجت الأرض من يده ، تقبل هذه الشهادة على أصل الوقف بالشهرة ، وعلى الشرائط لا ، وهو المختار ، وتقبل الشهادة على الشهادة في الوقف ، وكذا شهادة النساء مع الرجال .

نوع آخر منه

١١٣٢٩- رجل جاء إلى قاضي بلده ، وقال : إني كنت أمينا للقاضي الذي كان قبلك هنا ، وفي يده صدقة كانت لرجل يقال له فلان بن فلان ، وقفها على قوم معلومين سماهم ، قبل قوله إذا لم يكن للواقف ورثة ، ولم يعلم من أمر هذه الصدقة غير ما أقر به هذا الرجل ، وإن كان له ورثة ، فقالوا : هو ميراث بيننا ، وليس بوقف ، فالقول قولهم ، ويكون ميراثا بينهم ، وإن قالت الورثة هي وقف علينا وعلى نسلنا ، ومن بعد ذلك على المساكين ، وقال الذي في يده الصدقة : هي وقف على الفقراء [والمساكين] دونكم ، فالقول قول الورثة ، وإن قال الذي في

قال: ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمن أن قوامه كيف يعملون فيه، وإلى من يصرفونه، وكم يعطون، فيبني على ذلك؛ لأن الظاهر أنهم كانوا يعملون ذلك على موافقة شرط الواقف. وهو المظنون بحال المسلمين، فيعمل على ذلك.

١١٣٢ – في فتاوى الفضلي: وقف في يد صاحب الأوقاف، فوجد في صك ذلك الوقف: أن الفاضل من غلته يصرف إلى فقراء أهل السكة التي فيها الوقف، وغيرهم من فقراء المسلمين، يصرف الفاضل إلى أعيان فقراء السكة الموجودين يوم الوقف، يضرب لكل واحد منهم بسهم، ولسائر الفقراء سهم، وكل من مات منهم سقط سهمه، وقسمت بين الباقين منهم على ما وصفت. وإذا انقرض فقراء السكة الموجودين يوم الوقف، كان فقراء أهل السكة ومن سواهم من فقراء المسلمين في ذلك سواء؛ لأن فقراء السكة الموجودين يوم الوقف استحقوا بأعيانهم، فصار لكل واحد منهم سهم، وغيرهم من الفقراء ما استحقوا بأعيانهم، فكان للكل سهم [واحد].

١١٣٣ – وفي وقف الخصاف: رجل وقف ضيعة له، معان، قد جمعت ضيعتين المعروفة بكذا وهي مشهورة مستغنية بشهرتها عن تحديدها، صدقة موقوفة على وجوه سماها، وجعل آخرها للمساكين أبدا، فادعى الواقف أن قراحاتها لم تدخل في هذا الوقف، قال: إن كانت حدود هذه الضيعة مشهورة معروفة، وكان هذا القراح داخلا في حدودها، فهو داخل في الوقف، وكذا إذا كانت هذه الضيعة معروفة عند المصلحين من جيرانها، وكان هذا القراح منسوبا إليها، معروفا أنه منها، فهو داخل في الوقف، وإن لم يكن الأمر على ما بينا، فالقول قول الواقف، ولا يكون هذا القراح داخلا في الوقف، وكان القياس أن يقبل قول الواقف [فيها] فيما أقر به كان وقفا صحيحا، وما جحد كان مشكلا، كان القول فيه قول الواقف فيها، فما أقر به كان وقفا صحيحا وما جحد كان مشكلا، كان القول فيه قول الواقف.

١١٣٤ – وأما الدار يقفها الرجل، وفيها حجر، فقال الواقف: إن بعض الحجر لم يدخل في الوقف، قال: ما كان من هذه مما يشتمل عليه حدود الدار، فهي داخلة في الوقف، والدار لا تشبه الضياع من قبل جيران الدار، والملاصقين بها لا يكاد يشكل عليهم أمرها وحدودها، فإن كان أشكل ذلك على الجيران، حتى لا يعرفوها، فالقول قول الواقف، ولأهل الوقف أن يلازموه وأن يستحلفوه على ما أنكر من ذلك. فإن لم يكن وقف على قوم، وإنما وقف على وجوه البر من يكون الخصم فيه.

قال: من نازعه في ذلك من المسلمين، وقدمه إلى الحاكم، فإن الحاكم ينظر، فإن المنازع

في ذلك رجلا من أهل البرّ والصلاح يطوع بالقيام لذلك؛ ليس ممن يتأكل الناس.

وروى الحاكم: أن يجعله خصماً في ذلك، فعل ما هو أصلح ومن عني به الواقف يفرق الإنزال على قرابته ومواليه، يفضل البعض على البعض، ويصنع فيمن يشاء، ثم مات هذا الواقف، وأوصى إلى آخر، ولم يبين كيف كان سبيل الوقف، والثاني يصرف كما يصرف إليه الأول؛ لأن الظاهر أنّ الأول يصرف إلى المصرف، فإن أشكل على الثاني أن الأول إلى من كان يصرف الزيادة من قراباته ومواليه يصرف إلى الفقراء -والله تعالى أعلم-.

الفصل الحادي والعشرون
في المساجد

وهو أنواع:

نوع منه
في الإضافة إلى ما بعد الموت:

١١٢٣٥- والوصية ليست بشرط لصيرورة المكان مسجداً ولزومًا عند أبي حنيفة رحمه الله بخلاف سائر الأوقاف على مذهبه، وقول أبي حنيفة رحمه الله في المسجد في أنه لا يشترط الإضافة إلى ما بعد الموت، أو الوصية، كقولهما: وأما القبض والتسليم شرط لصيرورته مسجداً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف. ليس بشرط، حتى إنه عنده يصير مسجداً بمجرد البناء، وعندهما لا يصير مسجداً بمجرد البناء، وعندهما لا يصير مسجداً بمجرد البناء ما لم يوجد القبض والتسليم.

١١٢٣٦- وبالصلاة بجماعة يقع القبض والتسليم بلا خلاف، حتى إنه إذا بنى مسجداً، وأذن للناس بالصلاة فيه جماعة، فإنه يصير مسجداً.

ويشترط مع ذلك أن يكون الصلاة بأذان وإقامة جهراً لا سرّاً، حتى لو صلّى جماعة بغير أذان ولا إقامة سرّاً لا جهراً، لا يصير مسجداً عندهما، ولا يقع القبض والتسليم بالصلاة وحده عند محمد.

وعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان: في رواية الحسن لا يقع القبض والتسليم، وفي رواية غيره يقع القبض والتسليم.

فإن جعل مؤذناً وإماماً، وهو رجل واحد، فأذن وأقام، وصلّى وحده صار مسجداً بالاتفاق؛ لأن أداء صلاته كالجماعة.

ألا ترى أن أصحابنا قالوا: مؤذن مسجد إذا أذن وأقام وصلّى وحده، ليس لمن يجيء بعد ذلك أن يصلّي بالجماعة في ذلك المسجد.

في "فتاوى أهل سمرقند": فإن كان هذا الرجل الذي جعل مسجداً، وصلّى فيه بنفسه، هل يصير مسجداً؟ ذكر هلال في وقفه ما يدل على أنه يصير مسجداً، فإنه قال: كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: لا يكون مسجداً حتى يصلّى فيه، وقوله: يصلّى فيه على ما لم يسم

فعله، فهذا دليل على أن صلاته وحده، وصلاة غيره فيه سواء.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يشترط صلاة غيره، وينبغي للمتولي هل يصير مسجداً من غير أن يصلى فيه، فقد اختلف المشايخ فيه، ويكتفى بصلاة واحدة بالجماعة لصيرورته مسجداً، ذكره في الوقف للحسن بن زياد.

وفي وقف هلال البصري والخصاف: قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يكون مسجداً حتى يصلي فيه جماعة بإذنه، وذكر في آخر الصلاة: إملاء رواية بشر بن الوليد قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يصير مسجداً حتى ؟؟؟

١١٢٣٧- ولو أمر القوم أن يصلوا فيه بجماعة صلاة، أو صلوات يوماً، أو شهراً لا يكون مسجداً، حتى يقول ما بينه من القول.

١١٢٣٨- وذكر الصدر الشهيد في واقعاته في باب العين من كتاب الهبة والصدقة: رجل له أرض ساحة، لا بناء فيها أمر قوماً أن يصلوا فيها بجماعة، فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن أمرهم بالصلاة فيها أبداً نصاً بأن قال: صلوا فيها أبداً، أو أمرهم بالصلاة مطلقاً، ونوى الأبد وفي هذين الوجهين صارت الساحة مسجداً، لو مات لا يورث عنه.

وأما إن وقت الأمر باليوم، أو الشهر، أو السنة، وفي هذا الوجه لا تصير الساحة مسجداً إذا مات يورث عنه.

١١٢٣٩- وفي فتاوى أبي الليث: سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عن وقف بعض المساجد، والوقف على المسجد، فأرادوا أن يزيدوا في المسجد من ذلك الوقف، قال: يجوز، وينبغي أن يفعلوا ذلك بإذن الحاكم؛ لأن الولاية للحاكم.

وسئل أبو القاسم رحمه الله تعالى عن أهل مسجد، أراد بعضهم أن يجعلوا المسجد رحبة، والرحبة مسجداً، أو يحدثوا له باباً، أو يحولوا بابه عن موضعه، وأبى البعض ذلك، فإن اجتمع أكثرهم، وأفضلهم على ذلك، فليس للأقل منعهم عنه.

١١٢٤٠- وفي قسمة فتاوى أبي الليث: الطريق إذا كان واسعاً، فبنى فيه أهل المحلة مسجداً للعامة، ولا يضر ذلك بالطريق، فلا بأس به؛ لأن الطريق لهم، والمسجد لهم أيضاً. وإن أراد أهل المحلة أن يدخلوا شيئاً من الطريق في دورهم، نص في المنتقى: أنه ليس لهم ذلك، وإن كان لا يضر ذلك بالطريق؛ لأن الطريق للمسلمين[1]، والدور لأربابها خاصة. وإن أرادوا أن يجعلوا شيئاً من المسجد طريقاً للمسلمين، فقد قيل: لهم ذلك، وأنه صحيح.

---

(١) وفي ف: لأن الطريق للعامة.

١١٣٤١ - وفي كراهية "فتاوى أهل سمرقند" : قوم بنوا مسجداً ، واحتاجوا إلى مكان ليتسع ، ويجنبه طريق المسلمين ، وأخذوا شيئاً من الطريق ، وأدخلوه في المسجد ، إن كان لا يضر بأصحاب الطريق رجوت أن لا يكون به بأس ، ولو ضاق المسجد على الناس ، ويجنبه أرض لرجل ، يؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً منه ، فقد صح عن عمر وكثير من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أنهم قد أخذوا أرضين بكره من أصحابها ، وزادوا في المسجد الحرام حين ضاق بهم .

وفي "فتاوى النسفي" : سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن متولي مسجد جعل منزلا موقوفاً على المسجد مسجداً ، وصلى فيه الناس سنين ، ثم ترك الناس الصلاة فيه ، فأعيد منزلا مستغلا ينفق عليه على ذلك المسجد ، كما كان ، قال : يجوز ، قيل : فهل يصح جعل المتولي المنزل مسجداً؟ قال : لا .

١١٣٤٢ - في "فتاوى أبي الليث" : سلطان [أذن] لأقوام أن يجعلوا أرضاً من أرض الكورة في مسجدهم ، ويزيدوا فيه ، ويتخذوا حوانيت موقوفة على مسجدهم ، قال الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى : إن كانت البلدة فتحت عنوةً ، يجوز أمره إذا كان ذلك لا يضر بالمارة ، وإن كانت فتحت صلحاً ، لم يجز أمره ؛ لأنها إذا فتحت عنوةً صارت ملكاً للغزاة ، وللسلطان فيها تدبير ، فإن له الخيار في الأراضي التي فتحت عنوةً ، إن شاء قسمها بين الغانمين ، وإن شاء منّ على أهلها برقابهم وأراضيهم ، وإن شاء دفع البعض إلى الغانمين ، وترك البعض على أهلها ، وإذا كان للسلطان تدبير فيها ، صح أمره فيها ، أما الأراضي التي فتحت صلحا ، بقيت على ملك مالكها ، ولا تدبير للإمام فيها ، فلم يصح أمر الإمام فيه .

١١٣٤٣ - وفي "الجامع الصغير" : رجل [جعل] داره مسجداً تحته سرداب ، أو فوقه بيت ، وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله ، فإنه لا يصير مسجداً حتى لو مات يورث عنه ، وله أن يبيعه حال حياته ؛ لأن المسجد ما يكون لله تعالى خالصاً ، وفي هذين الفصلين لا خلوص ؛ لأن الأرض والسطح من هذا المسجد لا يكون لله تعالى .

١١٣٤٤ - وفي "المنتقى" : اتخذ من داره مسجداً أشرعه ، وجعل على الظلال[1] منه غرفة ومسكناً ، فهذا ملك له ، وله أن يبيعه ، وكذلك الصحن[2] الذي ليس عليه بناء ، ولا تحته مسكن يزيد ، كما أنه لا يثبت لما تحت المسكن حكم المسجد ، لا يثبت للباقي وهو الصحن حكم

---

(١) وفي "م" : على الطاق من غرفة .

(٢) هكذا في "ب" و"م" ، وكان في الأصل و"ظ" : الصمرله .

المسجد، لما أشير إليه في الكتاب أن هذا مسجد واحد، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه أجاز أن يكون الأسفل مسجداً، والأعلى ملكاً؛ لأن الأسفل أصل، وعن محمد رحمه الله تعالى أنه حين دخل الري، ورأى ضيق الأمكنة، جوز ذلك.

وإن جعل الـ[1] وسط داره مسجداً، وأذن للناس بالدخول فيه، فله أن يبيعه، وإن مات يورث عنه في الأجناس.

١١٣٤٥ - وفي نوادر هشام: قال: سألت محمد بن الحسن عن نهر قرية كثيرة الأهل لا يحصى عددهم، وهو نهر قناة، أو نهر وادي لهم خاصة، فأراد قوم أن يعمروا بعض هذا النهر، ويبنوا عليه مسجداً [ولا يضر ذلك بالنهر] ولا يتعرض لهم أحد من أهل النهر. قال محمد رحمه الله تعالى: يسعهم أن يبنوا ذلك المسجد للعامة أو المحلة. ولو كان مسجد في محلة ضاق على أهله، ولا يسعهم أن يزيدوا فيه، فسألهم بعض الجيران أن يجعلوا ذلك المسجد له، ليدخل في داره، ويعطيهم مكانه عوضاً عما هو خير له، فيسع فيه أهل المحلة، قال محمد رحمه الله تعالى: لا يسعهم ذلك.

وإذا أراد إنسان أن يتخذ تحت المسجد حوانيت غلة لمرمة المسجد، أو فوقه، ليس له ذلك، في الحاوي. وفي المنتقى: إذا بنى الرجل مسجداً وبنى فوقه غرفة، وهو في يده، فله ذلك، وإن كان حين بناه خلى بينه وبين الناس، ثم جاء بعد ذلك يبني لا يتركه.

١١٣٤٦ - وفي الفتاوى: سئل أبو القاسم عمن أراد أن يهدم مسجداً ويبنيه [أحكم من بنائه] الأول، فقال: ليس له ذلك، وتأويل هذه المسألة إذا لم يكن هذا الرجل من أهل هذه المحلة، فقد ذكر في الواقعات عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لأهل المسجد أن يهدموا المسجد، ويجددوا بناءه، ويضعوا الحباب، ويعلقوا القناديل، وإن أصاب من قناديلهم رأس رجل، لا ضمان عليهم، ولو علق أهل محلة أخرى، ضمنوا. وهذا إذا أراد أهل المحلة أن يفعلوا ذلك من مال أنفسهم، فأما إذا أرادوا أن يفعلوا ذلك من مال الوقف، ليس لهم ذلك، إلا أن يأمر القاضي؛ لأن هذا تصرف بمال الوقف، وليس لهم هذه الولاية.

نوع آخر منه:

١١٣٤٧ - إذا جعل أرضاً له مسجداً، وشرط من ذلك شيئاً لنفسه، لا يصح بالإجماع، فرق بين هذا وبين ما إذا وقف أرضاً له على الفقراء، وشرط بعض الغلة لنفسه، فإنه يصح، والفرق يخرج على ما ذكر من تلك المسألة، يعرف ذلك بالتأمل إن شاء الله تعالى. ومما

[1] هكذا في جميع النسخ التي عندنا، ولعله من الأصل الذي يعمل

حصير: أنه لا يعود إلى ملك صاحبه بخراب المسجد، بل يحول إلى مسجد آخر، أو يبيعه قيّم المسجد للمسجد، وأما فصل الكفن قلنا: تكفين الميت ليس بإزالة المعين عن ملكه، بل هو تبرع بالمنفعة لحاجة الميت، فكان بمنزلة العارية حالة الحياة.

١١٣٥٢- وقال محمد رحمه الله تعالى: في الفرس إذا جعله الرجل حبيساً في سبيل الله تعالى، فصار بحال لا يستطيع أن يركب: إنه يباع ويصير ثمنه لصاحبه، أو ورثته على حسب ما قال في المسجد.

١١٣٥٣- ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "واقعاته": أن من جعل جنازة وملاءة ومغتسلا الذي يقال له بالفارسية: حوض تشن وقفاً في محلة، فمات أهلها كلها، لا يرد إلى الورثة، بل يحمل إلى مكان آخر. قال رحمه الله تعالى: [فرق محمد رحمه الله] بين هذا وبين المسجد إذا خرب ما حوله(1) أنه يصير ميراثاً، وفي هذا الفصل نوع إشكال، وينبغي أن يعود إلى ملك الوارث على قياس مسألة الحصير والبواري، ولئن صح هذا من محمد، تصير هذه المسألة رواية في الحصير والبواري: أنه لا يعود إلى الوارث.

١١٣٥٤- وفي "المنتقى": في المسجد يريد أهل المحلة أن يحولوه إلى موضع آخر، فإن ترك هذا حتى لا يصلى فيه، فللناس أن ينقضوه، ويحملوا المسجد في غير هذا الموضع بمنزلة الخرب، وتأويل هذا إذا لم يعرف للمسجد بانٍ على ما نبينه إن شاء الله تعالى، فأما إذا لم يترك كما وصفت لك، فإنهم لا يبيعونه ولا يتخذونه مسكناً، وهذه المسألة على هذا التفصيل إنما تتأتى على قول محمد رحمه الله تعالى.

١١٣٥٥- وفي "الأجناس": إذا خرب المسجد، ولا يعرف بانيه، وبنى أهل المسجد مسجداً آخر، ثم أجمعوا على بيعه، واستعانوا بثمنه في ثمن المسجد الآخر، فلا بأس به. قال أبو العباس الناطفي في "الأجناس": فقياسه في وقف هذا المسجد أنه يجوز صرفه إلى [عمارة] مسجد آخر، كما إذا لم يعرف الواقف، ولا ورثته، فأما إذا عرف لأهل المسجد بانٍ، فليس لأهل المسجد أن يبيعوه؛ لأنه لما خرب، ووقع الاستغناء عنه، عاد إلى ملك بانيه، أو ورثته، فلا يكون لأهله أن يبيعوه، وما ذكر من جواز البيع إذا لم يعرف بانيه قول محمد رحمه الله تعالى، لا قول أبي يوسف؛ لأن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: هو مسجد أبداً، فلا يكون لأهل المسجد أن يبيعوه.

١١٣٥٦- وعن ابن سماعة عن السمتي: قال محمد رحمه الله تعالى في المسجد إذا

---

(1) هكذا في "ب" و"م"، وكان في الأصل و"ظ": "من حوله".

خرب، فلا يعرف بانيه، فحكمه حكم أرض عامرة [لا يعرف] لها رب، فيكون أمرها إلى الإمام. قال أبو العباس الناطفي في "الأجناس": اختلفت الروايات في تولية بيع المسجد والأوقاف إذا خربت، ذكر في نوادر هشام في باب الوصايا في الوقف: إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين، فللقاضي أن يبيعه، ويشتري بثمنه آخر، ولا يجوز بيعه إلا للقاضي في قول محمد رحمه الله تعالى، وفي "الجامع الكيساني": إذا جعلت امرأة مصحفاً حبيساً في سبيل الله، وتخرق المصحف، وبقيت المرأة التي عليه رفع ذلك إلى القاضي حتى يبيعه، ويشتري به مصحفاً مستقبلاً، فيجعله حبيساً.

١١٣٥٧- ولو جعل فرساً حبيساً في سبيل الله، فأصابه عيب، لا يقدر [على] أن يغزى عليه، لا بأس للوكيل أن يبيعه. يريد به القيم، ثم يشتري بثمنه فرس آخر، يغزى عليه، فبيع الوكيل جائز في ذلك بغير أمر القاضي، وهو بمنزلة المسجد إذا خربت القرية كان لصاحبه أن يأخذه ويبيعه.

فرع على مسألة المصحف لو صار المصحف بحال لا يغزى بثمنه مصحف يرد ذلك على الورثة، فاقتسموه على فرائض الله تعالى، قال في "الكيساني" وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

١١٣٥٨- وفي "الوصايا": أملا رواية بشر بن الوليد إذا جعل أرضه صدقة موقوفة بما فيه من الرقيق والبقر والآلة، فتغير عن حاله حتى لا ينتفع به في الصدقة، ليس له بيعه إلا بأمر القاضي.

نوع [آخر] منه

في المسائل التي تعود إلى باني المسجد:

١١٣٥٩- في "المنتقى": في وصايا ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى بواري المسجد، لم يكن له أن يأخذها، ولو اشترى قناديل المسجد، أو حبايا، فوضع في المسجد، كان له أن يأخذ ذلك، فقد فرق على هذه الرواية بين البواري وبين القناديل والحباب، ذكر في "المنتقى" أيضاً بعد هذه المسألة مسائل إبراهيم عن محمد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا طرح الرجل البواري في المسجد، فليس بميراث، وهو قول محمد رحمه الله تعالى، وكذلك قال محمد في القناديل، سوى في رواية إبراهيم بين القناديل والبواري.

والثالثة : إذا تركوها بعض الليل ، وأنه جائز إلى ثلث الليل ؛ لأن لهم تأخير العشاء إلى ثلث الليل ، بل يستحب لهم ذلك ، وإنه يسرج في المسجد لأداء الصلاة ، ويجوز ترك السراج في المسجد إلى وقت أداء الصلاة إذا كان في الدهن متسع ، فقيل له : أيجوز أن يدرس في المسجد بضوء سراج المسجد؟ فقال : إن وضعوا السراج لأجل الصلاة يجوز ، وإن وضعوا السراج لا لأجل الصلاة ، بأن فرغوا من الصلاة ، وذهبوا ، وتركوا السراج في المسجد ، فإن تركوا إلى ثلث الليل جاز التدريس بضوءه ، فلا يبطل هذا الحق بالتعجيل ، وإن أخروا أكثر من ثلث الليل لا يجوز التدريس بضوءه ؛ إذ ليس لهم تأخير الصلاة إلى هذا الوقت ، فلو جاز التدريس بضوءه جاز مقصوده ، وإنه لا يجوز .

١١٣٦٥ - سئل أبو القاسم عن شراء الدهن أو الحصير للمسجد أيهما أفضل؟ قال : هما سواء ، قال الفقيه أبو الليث : إن كان المسجد محتاجاً إلى أحدهما ، فشراؤه أفضل ، وإن كان سواء في الحاجة إليهما ، كان في الثواب والأجر سواء أيضاً .

١١٣٦٦ - وسئل نصير رحمه الله تعالى عن ديباج الكعبة إذا أخلق ، قال : لا يجوز أخذه ، ولكن للسلطان أن يبيعه ، ويستعين به على أمر الكعبة .

نوع [آخر] منه

في المسائل التي تعود إلى الوقف على المسجد ، وما يتصل به :

١١٣٦٧ - سئل الفقيه أبو القاسم عمن أراد أن يقف أرضاً له على المسجد في عمارته ، وما يحتاج إليه من الدهن [وغيره] كيف يفعل حتى يكون آمناً عن البطلان؟ قال : يقول : وقفت أرضي التي في موضع كذا ، أحد حدودها كذا ، والثاني والثالث والرابع كذا بحقوقها ومرافقها [وقفاً] مؤبداً في حياتي وبعد مماتي على أن يستغل بوجوه غلاتها ، ويبدأ من غلاتها بما فيه من [عمارتها] وأجر القوام عليها ، وبما يحتاج إليه من غلاتها من نوائبها ، فما فضل من ذلك يصرف إلى عمارة المسجد موضع كذا ، وبسط المسجد ، ودهنه وحصيره ، وما فيه مصلحة المسجد ، على أن للقيم أن يصرف على ما يرى فيه ، وإذا استغنى هذا المسجد صرفت الغلة إلى فقراء المسلمين . وإن أراد أن يزيد في الاحتياط ، يرجع بعد ما سلم إلى المتولي ، حتى يخاصمه عند القاضي ، فيقضي القاضي بجواز الوقف ، ولزومه وبطلان رجوعه .

إذا وقف الرجل أرضاً له على مسجد ، ولم يجعل آخره للمساكين ، كان محمد بن سلمة يقول : يجب أن يكون هذا الفصل على الاختلاف ، عند محمد رحمه الله تعالى

لا يصح؛ لأن عنده إذا خرب ما حول المسجد، بطل المسجد، وعاد ملكًا له، أو ميراثًا لورثته، فلا يكون الوقف مؤبدًا، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله[1] تعالى: يصح؛ لأن عنده المسجد لا يبطل بخراب ما حوله، وكان الوقف مؤبدًا، إن قلت: إن التأبيد عنده شرط، كيف كان، وأن في اشتراط التأبيد على قوله اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى على ما مر، وكان أبو بكر الإسكاف يقول: ينبغي أن لا يصح الوقف عندهم جميعًا، أما عند محمد لما ذكرنا، وأما عند أبي يوسف؛ فلأن الوقف على المسجد وقف على عمارته، والمسجد اسم البقعة لا تعلق له بالبناء، والصلاة فيها تمكن بدون البناء، فلا يكون بناء قربة حقيقة، فلا يصح الوقف.

وكان أبو بكر بن سعيد يقول: ينبغي أن يصح الوقف بلا خلاف؛ لأن البناء إن لم يكن مسجدًا حقيقة، ولكن إذا وصل بالمسجد يصير تبعًا له، ويصير منه حكمًا، ألا ترى أن البناء يستحق بالشفعة تبعًا للمتقمة، وإذا كان كذلك صار بناء المسجد من طريق الحكم كحجر من المسجد، فيصير الوقف على عمارته بمنزلة جعل الأرض مسجدًا، وبمنزلة زيادة في المسجد، فيكون قربة مسجد. وما يتوهم من الانقطاع بخراب ما حوله عند محمد لا يمنع صحة الوقف، كما لا يمنع صحة جعل داره مسجدًا. وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول: هذا القول أحب إلي، وعلى هذا فقهاء الأمصار، ولو كان الوقف على المساجد صح؛ لأن جنس هذه القربة لا تنقطع ما دام الإسلام باقيًا.

١١٣٦٨- وفي "الأجناس" وفي "جامع علي بن زيد الطبري": سمعت محمد بن الحسن يذكر عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: ولو جعل أرضًا وقفًا له على المسجد جاز.

وفي "فتاوي أبي الليث": سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن قال: جعلت حجرتي لدهن سراج المسجد، ولم يزد على هذا، صارت الحجرة وقفًا على المسجد بما قال، ليس له الرجوع، ولا له أن يجعله لغيره، وهذا إذا سلمه إلى المتولي عند محمد، وليس للمتولي أن يصرف غلتها إلى غير الدهن؛ لأن الواقف وضعها على دهن المسجد.

١١٣٦٩- وفيه أيضًا: لو قال: هذه الشجرة للمسجد، لا تصير للمسجد حتى تسلم إلى متولي المسجد؛ لأن قوله: هذه الشجرة، إن كانت هبة لا تعمل إلا بالتسليم عند الكل، وإن كان وقفًا، لا يعمل إلا بالتسليم عند محمد رحمه الله تعالى، وعليه الفتوى.

١١٣٧٠- في "الأجناس": وفي الصلاة إملاء. لو تصدق بدلو [على] المسجد، لا يجوز، ويكون ميراثًا؛ لأن المسجد لا يتصدق عليه. وكذلك لو تصدق على طريق

---

(١) وفي "ف": وعلى قياس أبي يوسف.

المسلمين.

وذكر الصدر الشهيد في باب النوادر إذا تصدق على المسجد، أو على طريق المسلمين [تكلموا](١) فيه، والمختار أنه يجوز كالوقف.

١١٣٧١- وفي "الأجناس" أيضاً: إذا وقف أرضه على مرمة مسجد كذا، وثمن بواريه وزيت قناديله، وقال: إن استغنى عنه المسجد، كانت الغلة للمساكين، حتى جاز بالإجماع، واجتمعت الغلة، والمسجد لا يحتاج إلى المرمة للحال، إلا أنهم خافوا تعطيل الغلة، وحاجة المسجد إلى المرمة، فلا بأس بأن يحبسوا ذلك إلى أن يحتاج إليه المسجد. قال: إلا أن يكون الغلة دارة [فيتصدق](٢) ما يفضل من الغلة على المساكين. ولو انهدم هذا المسجد، فيحتاج أهله أن يبنوه، وقد حصل من غلة هذا المسجد ما يكفيه لبنائه، فإنه لا يصرف هذه الغلة إلى البناء؛ لأن الواقف جعل هذا الوقف على مرمته، ومرمته تطيين سطحه وأجذاع يدخل في سقفه، وما أشبهه، أما ما جعل الوقف على البناء.

١١٣٧٢- وفي "نوادر هشام": إذا قال: أوصيت بثلث مالي للمسجد، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هو باطل إلا أن يقول: ينفق على المسجد، وقال محمد: يجوز، ويصرف إلى عمارته، وكذلك إذا قال: لبيت المقدس، جاز، قال: وينفق على بيت المقدس في سراجه، ونحوه، قال الشيخ الإمام أبو العباس الناطفي رحمه الله تعالى: فعلى قياس هذا في المسألة الأولى: يجوز أن يصرف إلى دهن المسجد.

١١٣٧٣- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال: أوصيت بثلث مالي لسرج المسجد، لا يجوز [حتى يقول: يسرج بها في المسجد، وهو نظير ما لو أوصى بثلث ماله لدواب فلان؛ لا يجوز](٣)، ولو أوصى بثلث ماله لعلف دواب فلان يجوز.

١١٣٧٤- وفي "مجموع النوازل": سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن رجل قال: وقفت الدار على مسجد كذا، ولم يزد على هذا، وسلمها إلى المتولي صح، وإن لم يشترط التأبيد، ولم يجعل آخره لفقراء المسلمين، قال: وهذا يكون [تمليكاً] للمسجد، بهبة، فيتم

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: اختلفوا فيه.

(٢) هكذا في "ف"، وكان في الأصل والنسختين: "ط" و"م": فيفرق.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "م" و"ف".

للمسجد. وسئل أبو بكر عمن أوصى بثلث ماله لأعمال البر، هل يجوز أن يسرج في المسجد؟ قال: يجوز، قال: ولا يجوز أن يزاد على سراج المسجد [سواء كان في شهر رمضان أو غيره؛ لأن فيه إسرافًا. قال: ولا يزين به المسجد](١).

١١٣٧٩ - وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عن مسجد بابه على مهب الريح، فيصيب المطر باب المسجد فيفسد، ويثقل دخول المسجد وخارجه، ويشق على الناس الدخول في المسجد، يجوز أن يتخذوا من غلة المسجد ظلة؟ قال: إن لم يضر بأهل الطريق، يجوز: في وقف الخصاف.

نوع آخر منه

في المسائل التي تعود إلى قيّم المسجد، وما يتصل به:

١١٣٨٠ - في فتاوى أبي الليث: سئل الفقيه أبو القاسم رحمه الله تعالى عن قيم جعله القاضي قيمًا على غلاتها، وجعل له معلومًا يأخذ كل سنة، حل له الأخذ إن كان مقدار أجر مثله؛ لأن للقاضي أن يستأجر أجيرًا بأجر مثله لذلك، وإن لم يشترط الواقف. ولو نصب خادمًا للمسجد، وجعل في جعالة [إن كان الواقف شرط ذلك في الوقف، حل له الأخذ، وإن لم يكن شرط ذلك في الوقف لا يحل له](٢)؛ لأنه إذا لم يشترط الواقف ذلك، لا يحل للقاضي نصب الخادم بالأجر، فلا يحل للخادم القبض أيضًا، هكذا ذكر، وفيه نظر يعرف بالتأمل إن شاء الله تعالى - وقد مر نصب الخادم في الخان الموقوف في الفصل السابع من هذا الكتاب في فتاوى أبي الليث أيضًا.

١١٣٨١ - مسجد له مستغلات وأوقاف، فأراد المتولي أن يفرش الآجر، ويشتري حصيرًا، أو الدهن للمسجد، أو من أقسمه؟ أما فرش الآجر فله ذلك؛ لأنه من باب البناء، وأما شراء الدهن والحصير، فلا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن وسع الواقف ذلك على القيم، بأن قال: يفعل القيم ما يرى من مصلحة المسجد وبنائه، وفي هذا الوجه له ذلك، وإما إن لم يوسع عليه، وجعله لعمارة المسجد وبنائه، وفي هذا الوجه ليس له ذلك، وإما إن لم يعرف شرط الواقف، وفي هذا الوجه ينظر إلى من قبله إن كانوا يشترون منه الدهن والحصير والحشيش، له أن يفعل، وما لا فلا. وقيل: ذكر المصلحة والعمارة وتركه سواء، ولا يمكن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل و"أ"، أثبتناه من "ظ" و"ب".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل و"أ"، أثبتناه من "ظ" و"ب".

المتولي من شراء الدهن والحصير، وإذا أراد أن يصرف شيئًا من ذلك إلى إمام المسجد، أو إلى مؤذن المسجد، فليس له ذلك، إلا إذا كان الواقف شرط ذلك في الوقف.

١١٣٨٢ - قرية فيها أراضي وقف على إمام المسجد تصرف إليه غلتها وقت الإدراك، فأخذ الإمام الغلة وقت الإدراك، وذهب عن تلك القرية: هل يسترد منه بعض ما أخذ حصة ما بقي من السنة؟ قالوا: لا يسترد، وهو نظير موت القاضي في خلال السنة، وقد أخذ الرزق. وهل يحل للإمام أكل حصة ما بقي من السنة؟ إن كان فقيرًا يحل، وكذلك الحكم في طلبة العلم في المدارس يريد به إذا كان الوقف على طلبة العلم، وكانوا يعطون في كل سنة شيئًا مقدرًا من الغلة وقت الإدراك، فأخذ واحد منهم قسطه وقت الإدراك، وغرل عن تلك المدرسة، قال هلال في وقفه في باب الرجل: يقف الأرض والدار على قوم معلومين، وسقط شيء من بناء الدار، ولو أن بناء مسجد انهار، ولم يمكن إعادته بعينه إلى البناء، فباع أهل المسجد النقض يجوز، ويصرف ثمنه إلى عمارة المسجد لما ذكرنا.

وقوله: فباع أهل المسجد، يحتمل أن يكون المراد منه باعه قيّم المسجد؛ لأنه أضيف بيعه إليهم؛ لأن القاضي قلده ذلك باختيارهم، فصار فعل مختارهم كفعلهم، ويحتمل أن يكون المراد منه أهل الجماعة، وهذا هو الظاهر.

وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني: أنه قال: إذا كان أصحاب الخطة أحياء، فتدبير ذلك النقض إليهم [لأن تعمير المسجد إليه][1]؛ لأن الظاهر أن أصحاب الخطة يبنون المسجد بأموالهم، فما بقي واحد منهم، فالتدبير في المسجد إليهم دون السكان، فإذا انقرضوا، فأولادهم الذكور البالغون بمنزلتهم، وإذا انقرضوا، ولم يكن لهم ولد بالغ، فالتدبير إلى السكان، واعتبر هذه الفصول بالقسامة.

قيم المسجد إذا أراد أن يبني حوانيت في حد المسجد وفي فنائه: لا يجوز، أما المسجد فلأنه إذا جعل المسجد مسكنًا، يسقط حرمة المسجد، وأما الفناء، فلأنه تبع المسجد.

١١٣٨٣ - مسجد له أوقاف مختلفة، لا بأس للقيم أن يخلط غلتها كلها، وإن خرب حانوت منها، فلا بأس بعمارته من غلة حانوت آخر؛ لأن الكل للمسجد، سواء كان الواقف واحدًا، أو كان الواقف مختلفًا؛ لأن المعنى يجمعهما.

١١٣٨٤ - متولي وقف وعليه مشرف، ليس للمشرف أن يتصرف في الوقف؛ لأن المفوض إلى المشرف الحفظ لا غير.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

١١٣٨٥ - في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: أهل المسجد إذا باعوا غلة المسجد، أو نزل المسجد، أو أمروا رجلاً ببيعه، أو باعوا نقض المسجد، إذا استغنى المسجد عن ذلك، أو أمروا رجلاً بالبيع، فهذا على وجهين: إما إن فعلوا بأمر القاضي، أو بلا أمره، ففي الوجه الأول يجوز؛ لأن للقاضي هذه الولاية، وفي الوجه الثاني ذكر عنه أنه يرجى أن يجوز، قال الصدر الشهيد: والفتوى على أنه لا يجوز؛ لأنه ليس لهم هذه الولاية.

١١٣٨٦ - في فتاوى أبي الليث: مسجد بجنبه نهر ماء، وانكسر حائط المسجد من ذلك الماء، ينبغي لأهل المسجد أن يرفعوا الأمر إلى القاضي، ليأمر القاضي أهل النهر بإصلاحه، حتى إذا لم يصلحوا بعد [أمره] وتهدم حائط المسجد، ضمنوا قيمة ما تهدم؛ لأنهم صاروا متعدين بترك الإصلاح، وهذا السبب بمنزلة ما بعد الإشهاد. ذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في نفقاته عن مشايخ بلخ: أن المسجد إذا كان له أوقاف، لم يكن له متولي، فقام واحد من أهل المحلة في جمع الأوقاف، وأنفق على المسجد فيما يحتاج إليه من الحصير والحشيش وغير ذلك، لا ضمان عليه فيما فعل استحساناً فيما بينه وبين الله تعالى، فأما إذا أخبر الحاكم بذلك، وأقر به عنده، ضمنه الحاكم.

١١٣٨٧ - الفاضل من وقف المسجد هل يصرف إلى الفقراء؟ قيل: لا يصرف، وأنه صحيح، ولكن يشترى به مستغلاً للمسجد.

١١٣٨٨ - وفي الفتاوى الأصغر: متولي الوقف إذا أنفق على قناديل المسجد من وقف المسجد جاز، وقد ذكرنا قبل هذا بخلافه في الواقعات للصدر الشهيد.

١١٣٨٩ - وقف صحيح على مصالح مسجد، فمات القيم، فاجتمع أهل المسجد وجعلوا رجلاً متولياً بغير أمر القاضي، فقام هذا المتولي مدة على ذلك، وصرف من غلاته، وأنفق على المسجد بالمعروف، تكلم المشايخ رحمهم الله تعالى في جواز هذه التولية، وقال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا يجوز؛ لأنه ليس لهم هذه الولاية، ولا يضمن هذا المتولي ما أنفق؛ لأنه أنفق من مال نفسه؛ لأنه آجر الدار، والدار وقف ولا ولاية له عليها، صار بالإجارة غاصباً، فتكون الأجرة له.

١١٣٩٠ - متولي المسجد إذا اشترى بمال المسجد حانوتاً أو داراً، ثم باعها جاز إذا كان له ولاية الشراء، وهذه المسألة بناء على مسألة أخرى أن متولي المسجد إذا اشترى من غلة المسجد داراً أو حانوتاً، فهذه الدار وهذا الحانوت هل يلتحق بالحوانيت التي هي موقوفة على المسجد، ومعناه أنه هل يصير وقفاً؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال الصدر

الشهيد: المختار أنه لا يلتحق، ولكن يصير مستغل المسجد، وهذا لأن صحة الوقف والشرائط التي يتعلق بها لزوم الوقف، لا يجوز فسخه، ولا بيعه، ولم يوجد شيء من ذلك هنا، فلم يصر وقفاً، فيجوز بيعه.

١١٣٩١- في فتاوى الفضلي: المتولي إذا اشترى داراً من الدراهم التي اجتمعت من أوقاف المسجد للمسجد، ودفع المنزل إلى المؤذن ليسكن فيه، يكره للمؤذن السكنى إذا علم بذلك؛ لأن المنزل صار من مستغلات المسجد، وفي نسخة أخرى: إن لم يضف الشراء إلى الدراهم، يحل، ولا يكره.

١١٣٩٢- في مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام عن أهل مسجد اتفقوا على نصب رجل متولياً لمصالح مسجدهم، فتولى ذلك باتفاقهم [هل] يصير متولياً مطلق التصرف في مال المسجد على حسب ما لو قلده القاضي؟ قال: نعم، قال: رأيت أيمتنا المتقدمين رحمهم الله تعالى يجيبون عن هذه المسألة، ويقولون: نعم، والأفضل أن يكون ذلك بأمر القاضي، ثم اتفق مشايخنا المتأخرون رحمهم الله تعالى، وأستاذنا أن الأفضل أن ينصبوه متولياً، ولا يعلموا به القاضي في زماننا، لما عرف من طمع القضاة في أموال الوقف.

سئل القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله تعالى عن أهل مسجد تصرفوا في أوقاف المسجد يعني أجروا المنزل، وله متولي، قال: لا يصح تصرفهم، ولكن الحاكم يمضي ما فيه مصلحة المسجد، قيل: هل يفترق الحال بين أن يكون المصرف واحداً، أو اثنين؟ قال: لا، بعد أن يكون التصرف من الإمام، من رئيس المحلة ومتصرفيها

١١٣٩٣- في فتاوى أبي الليث: رجل بنى مسجداً في السكة، فنازعه بعض أهل السكة في عمارته، أو في نصب الإمام، أو المؤذن، ففي العمارة الباني أولى؛ لأن العمارة من البناء(١)، وهو إلى الباني، وفي نصب الإمام أو المؤذن تكلموا، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: المختار أن الباني أولى، إلا إذا كان القوم يريدون من هو أصلح ممن يريده الباني، فحينئذ هم أولى.

١١٣٩٤- وفي آخر كتاب الكراهية إملاء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل بنى مسجداً، وجعل له مؤذناً، فأذن هو فيه، وكرهه أهل المسجد، وقالوا: نجعل المؤذن غيره، فليس ذلك لهم، إنما الأمر [في ذلك] إلى الذي بناه قبل، وإن كان فاسقاً؟ قال: وإن كان فاسقاً. وكذلك إن أقام لهم إماماً، فأمهم، وكرهه أهل المحلة، ليس لهم ذلك، إلا أن يكون

(١) وفي ظ: لأن العمارة من البناء أولى، وهو إلى الباني.

واقف، فيجعلوا إماماً غيره.

١١٣٩٥ - في فتاوى النسفي: استأجر أرضاً موقوفة على مصالح مسجد من متوليه سنة بكذا، ثم دفعها إلى آخر مزارعة بالنصف، ثم إن أهل المحلة زعموا أن الآجر لم يكن متولياً، قال: يثبت المستأجر بالبينة كون الآجر متولياً، فإن لم يجد، فالغلة تكون للمستأجر، وعليه أجر المثل للمسجد.

١١٣٩٦ - وفيه أيضاً: متولي مسجد استصنع محراب المسجد إلى النجار في خشب معلوم، وعمل صناعة معلومة، قال: لا يصح؛ لأنه لا تعارف في هذا الاستصناع، وكذا في الأبواب والسلاليم، والستور، والوجه فيه أن يوصف له، فيعمل، فإذا فرغ، يشتريه بما أنفقه عليه، فيصح.

١١٣٩٧ - وفيه أيضاً: سئل عن أهل محلة باعوا وقف المسجد لأجل عمارة المسجد، قال: لا يجوز بأمر القاضي وغيره، وقيل: إن كان أهل المسجد اشتروا عقاراً بغلات المسجد للمسجد، هل لهم بيعه لعمارة المسجد؟ قال: فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، وينبغي أن لا يكون في هذا الفصل اختلاف المشايخ؛ لأنه لا ولاية لأهل المحلة في شراء العقار للمسجد، فلم يصح شراؤهم أصلاً، فلا يصح بيعهم بلا خلاف، بخلاف مسألة المتولي - والله سبحانه وتعالى أعلم

الفصل الثاني والعشرون
في المسائل التي تعود إلى الرباطات، والمقابر، والخانات والحياض، والطرق، والسقايات

١١٣٩٨ - قال محمد رحمه الله تعالى: إذا جعل أرضه مقبرة للمسلمين جاز، وليس له أن يرجع فيها بعد تمامها، وتمامها أن يقبر فيها إنسان واحد بإذنه، أو أكثر من ذلك، وهل يتم بالتسليم إلى المتولي؟ فلا رواية عن أصحابنا. وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، وكذلك إذا جعلها خانًا للمارة من المسلمين، وخلى بينهم وبينها، فإذا نزلها بإذنه رجل واحد، أو أكثر، فلا سبيل له بعد ذلك عليها، وإن مات لم يكن شيء من ذلك ميراثًا، وإذا سلمها إلى المتولي يتم القبض، ذكره محمد رحمه الله تعالى في "الأصل"، فعلى قول من قال في مسألة المقبرة أن القبض لا يتم بالتسليم إلى المتولي يحتاج إلى الفرق بين المقبرة والخان، والفرق أن المقبرة لا يكون لها متولي في العادة، فلا يعتبر قبضه، بخلاف الخان. وكذلك السقاية يجعلها في أرضه، فيستقون، ويشربون، ويتوضؤون، فشرب فيه إنسان، أو سلمها إلى المتولي، فليس له أن يرجع بعد [ذلك] عنه، وكذلك الحوض والبئر يجعله في أرضه، قال: ولا بأس بأن يشرب منه، ويسقي دابته وبعيره، ويتوضأ منه.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: إنه إنما أجاب من حيث عرفهم وشربهم، أما السقاية التي تكون في بلادنا إذا جعلها للشرب، فأراد إنسان أن يتوضأ بها، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، وأجمعوا على أنه إذا وقف للوضوء، لا يجوز الشرب منه.

١١٣٩٩ - وكذلك إذا جعل داره سكنى للمساكين، ودفعه إلى والي يقوم بذلك، فليس له أن يرجع فيها، وكذلك [الرجل يكون له الدار بمكة، فيجعلها مسكنًا للحاج والمعتمرين، ودفعها إلى والي يقوم عليه، ويسكن فيها من رأى، فليس له أن يرجع فيها، وكذلك][1] إذا جعل داره في ثغر مسكنًا للغزاة والمرابطين، ودفعه إلى والي يقوم عليها، فليس له أن يرجع فيها، وإن مات لم يكن ميراثًا عنه، وإن لم يسكنها أحد.

والحاصل أن التسليم على قول من يشترط التسليم، وهو محمد، يكون بأحد طريقين، إما بإثبات اليد للقيم عليها، أو بحصول المقصود، وذلك بالسكنى في مسألة الدار، وبالنزول

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم ور.

في مسألة الخان، وبالدفن في مسألة المقبرة، وما أشبه ذلك. وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى التسليم إلى المتولي ليس بشرط، فلا يشترط إثبات يد القيم في هذه المسائل، ولا حصول المقصود بالدفن، أو النزول، أو الشرب، ويكتفي بالإشهاد على ذلك. وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في جميع ما ذكرنا: إن له أن يرجع فيه، ويبطل ما صنع [فيه].

١١٤٠٠ - قال محمد رحمه الله تعالى عقيب ذكر هذه المسألة: وأما السكنى فلا بأس بأن يسكن الغني والفقير، يريد به إذا جعل داره مسكنًا للغزاة، أو مسكنًا للحاج والمعتمرين، يجوز للغني من الغزاة والحاج أن يسكن، كما يجوز للفقراء، وكذلك نزول الخان والدفن في المقبرة يستوي فيه الغني والفقير، فأما [غلة] الدار والأرض إذا جعلت للغزاة فلا ينبغي أن يأخذ منها إلا من هو محتاج؛ علل، فقال: لأن الغلة مال يملك، والتقرب إلى الله تعالى بتمليك المال يكون من المحتاج خاصة دون الغني، بخلاف السكنى في الدار(١) والدفن، والفرق أن الغني مستغن عن مال الصدقة بمال نفسه، غير مستغن عن النزول في [الخان] والسكنى في الدار والدفن في المقبرة بماله، ولا يمكنه أن يتخذ في كل منزل، وربما لا يجد من يستأجره، ولأجل هذا المعنى سوينا بين الفقير والغني في ماء السقاية، والحوض والبئر.

١١٤٠١ - قال الخصاف في وقفه: إذا جعل الرجل داره مسكنًا للغزاة، فسكن بعض الغزاة بعقر الدار، وبقيت فضلة من الدار لا يسكنها أحد، ينبغي للقيم بأمر هذا الوقف أن يكري من هذه الدار ما لا يحتاج إلى سكناه، ويجعل أجر ذلك في عمارة هذه الدار، فما فضل بعد ذلك فرقه في الفقراء والمساكين.

١١٤٠٢ - وفي النوازل: رباط بني خانات، ويحتاج إلى المرمة، روي عن محمد رحمه الله تعالى أن يعزل منها ناحية بيتًا أو بيتين، فيؤاجر، وينفق من غلته عليها، وروي عن محمد رواية أخرى: أنه يؤذن للناس بالنزول فيه سنة، ويؤاجر سنة أخرى، ويرم من أجرته ما استرم منها.

١١٤٠٣ - ومنه: إذا جعل فرسه حبيسًا، فإن كان يركب عليه المجاهد يركبه وينفق عليه، وإن لم يركبه أحد يؤاجره، وينفق عليه من أجرته، قال الشيخ الإمام أبو العباس الناطفي: قياسه في المسجد أن يجوز إجارة سطحه لمرمته.

١١٤٠٤ - قال الخصاف في وقفه: إذا جعل مسكنه(٢) بمكة مسكنًا للحاج، فليس

---

(١) وفي م و ب ف: بخلاف السكنى، ومنبه الفقه في العرف أن الغني مستغني ... إلخ.

(٢) هكذا في الأصل، وكذا في جميع النسخ التي عندنا: دار مكان مسكن.

للمجاورين أن يسكنوها، وإذا مضى أيام الموسم، اكتري، وينفق من غلته في مرمتها، وما فضل بعد ذلك فرق على المساكين والفقراء.

١١٤٠٥ – وفي "المنتقى": إذا جعل فرسه حبيسًا، يحبس في الرباط، ويغزى عليه، فإن استغنى عنه، يؤاجره الإمام بقدر علفه، فإن لم يوجد من يستأجره، يبيعه الإمام، ويوقف ثمنه، حتى إذا احتيج إلى ظهر يشترى [بثمنه] فرسًا، ويغزى عليه.

١١٤٠٦ – في "فتاوى أبي الليث": رجل بنى رباطًا للمسلمين على أن يكون في يده [ما دام حيًا، فليس لأحد أن يخرجه من يده ما لم يظهر منه أمر يستوجب الإخراج من يده](١) كشرب الخمر فيه، أو ما أشبه ذلك من الفسوق الذي ليس فيه رضا الله تعالى؛ لأن شروط الواقف يجب اعتبارها، ولا يجوز تركها إلا لضرورة.

١١٤٠٧ – وفيه أيضًا: رباط للمتفقهة إذا كان فيها سكان، وانهدم الرباط، فبنى، فأراد الساكنون الذين كانوا فيها أن يسكنوها، وأراد غيرهم ذلك، فهذا على وجهين: إما إن انهدم بعضها، وفي هذا الوجه الذين كانوا فيها أحق من غيرهم؛ لأن سكناهم باق، وكذلك إذا لم ينهدم أصلاً، ولكن زيد فيه، أو نقص عنه، الذين كانوا فيه أحق من غيرهم لما ذكرنا، وأما إن انهدم كلها، وفي هذا الوجه الذين كانوا فيها وغيرهم في السكنى على السواء؛ لأن سكناهم قد بطل، وهذا ابتداء السكنى.

١١٤٠٨ – وفيه أيضًا: رجل جعل قطعة أرضه مقبرة، ودفنوا فيها، ثم إن رجلاً من أهل تلك القرية بنى فيها بناء، فوضع اللبن وآلة القبر، وأجلس فيه رجلاً لحفظ المتاع بغير رضا الباقين من أهل القرية، فهذا على وجهين: إن كان في أرض المقبرة سعة لا يحتاج إلى ذلك المكان اليوم، لا بأس به، وإن لم يكن في أرض المقبرة سعة، واحتاجوا إلى ذلك المكان اليوم، يرفع البناء، ويدفن فيه.

١١٤٠٩ – وفيه أيضًا: رجل أوصى بأن يخرج ثلث ماله، فيعطى ربع الثلث لفلان، وثلاثة أرباعه لأقربائه والفقراء، ثم قال: لا تتركوا حصة الرباطين، وهم فقراء يسكنون في رباط بعينه، فهذا على وجهين: إن كان قرابته يحصون، يجعل كل واحد منهم جزءًا، ويجعل الفقراء جزءًا، ويجعل الرباطيون جزءًا، حتى لو كان قرابته عشرة، يجعل ثلاثة أرباع الثلث اثني عشر سهمًا، عشرة أسهم للقرابة، وسهم للفقراء، وسهم للرباطين؛ لأن القرابة إذا كانوا يحصون، كانت الوصية لهم بأعيانهم، وإن كانت قرابته لا يحصون، يجعل ثلاثة الأرباع على

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و"م" و"ف".

ميتة، لا ينبش القبر، لكن يجب قيمة حفره حتى يحفر أخرى فيدفن فيه، ولم يرد به أن الحفر كان في ملك الحافر، لأن في هذه الصورة ينبش القبر، ويخرج مالك الأرض، وإنما أراد به أن الحفر كان في غير ملكه، بأن كان في أرض مسبّلة، مقبرة ونحوها.

١١٤١٩ - ذكر في حيل الخصاف والفتاوى للخصاف: قال: إذا حفر قبراً في غير ملكه ليدفن فيه ميتاً له، فدفن غيره ميتاً، لا ينبش القبر، ولكن يضمن قيمة حفره، وكذا فيه رواية عقبة، وإن دفن الميت في أرض غيره بغير إذن المالك، فالمالك بالخيار، إن شاء أمر بالإخراج، وإن شاء سوّى الأرض، وزرع فوقها، لأن الأرض ملكه، ظاهرها وباطنها، فكان له أن يستخلص(١) الظاهر والباطن، وله أن يترك الباطن، وينتفع بالظاهر.

١١٤٢٠ - وفي فتاوى أبي الليث: مواضع موات على شط جيحون، عمّرها أقوام، واحتفروها، كان للسلطان أن يأخذ العشر من غلاتها، وهذا الجواب مستقيم على قول محمد رحمه الله تعالى، لأن ماء جيحون عنده عشري، والمؤنة تدور مع الماء، فلو أباح السلطان للرباط من ذلك شيئاً، فأراد المتولي أن يصرف من ذلك إلى مؤذن الرباط، فله ذلك، إن كان المؤذن فقيراً، ويطيب للمؤذن الأكل إن كان فقيراً، ولا يجوز صرفه إلى الرباط؛ لأن مصرف العشر الفقراء، فإن أرادوا الحيلة، فالحيلة في ذلك أن يصرف إلى الفقراء، ثم الفقراء يصرفون إلى الرباط، وكذلك من عليه الزكاة لو أراد صرف الزكاة إلى بناء المسجد، أو القنطرة لا يجوز، وإن أراد الحيلة، فالحيلة أن يتصدق المتولي على الفقير، ثم الفقير يدفعه إلى المتولي، ثم المتولي يصرف إلى ذلك.

١١٤٢١ - رباط فيه ثمار، فإن كانت ثماراً لا قيمة لها، نحو التوت وما شاكل ذلك، فلا بأس للنازلين أن يتناولوا منها، وإن كانت ثماراً لها قيمة، فالاحتراز عن ذلك أحوط لدينه؛ لأنه يحتمل أنه جعل ذلك وقفاً للفقراء دون النازلين فيه، وهذا إذا لم يعلموا أنه وقف على الفقراء، أما إذا علموا ذلك لا يحل لغير الفقير أن يتناولوا منه.

١١٤٢٢ - وفي فتاوى أبي الليث: رجل دفع إلى خادم دار عمران - وهي دار يسكنها الفقراء - دراهم، وأمره أن يشتري بها خبزاً ولحماً، ويفرق على الفقراء فيها، فلم يجد الخادم ذلك اليوم الخبز واللحم، وقد كان اشترى قبل ذلك اللحم بالنسيئة، فقضى ذلك الدين بتلك الدراهم، ضمن؛ لأنه خالف أمره.

(١) هكذا في النسخ التي عندي، وكذا في الأصل: يستخلص.

الفصل الثالث والعشرون
في المسائل التي تعود إلى الأشجار التي في المقابر وأراضي الوقف، وغير ذلك

١١٤٢٣- في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: مقبرة وفيها أشجار، فهذه المسألة على وجهين: أحدهما: أن تكون الأشجار نابتة قبل اتخاذ الأرض مقبرة، وأنه على وجهين أيضًا: إن كانت الأرض مملوكة لها مالك، فالأشجار بأصلها على ملك رب الأرض، يصنع بالأشجار وأصلها ما شاء؛ لأن موضع الأشجار من الأرض لم يصر مقبرة؛ لأنه مشغول بملك صاحب الشجرة. وإن كانت الأرض مواتًا لا مالك لها، واتخذها أهل القرية مقبرة، فالأشجار أصلها على حالها القديم.

الوجه الثاني: إذا نبتت الأشجار بعد اتخاذ الأرض مقبرة، وأنه على وجهين أيضًا: إن علم لها غارس، فهي للغارس؛ لأنها ملكه، وإن لم يعلم لها غارس، فالحكم في ذلك إلى القاضي، إن رأى بيعها وصرف ثمنها إلى عمارة المقبرة، فله ذلك؛ لأنه إذا لم يكن يعلم لها غارس، كانت في حكم الوقف، ألا ترى أن الشجرة إذا نبتت في ملك إنسان، ولا يعرف لها غارس، كانت الشجرة لصاحب الملك، كذا هنا.

١١٤٢٤- فيها أيضًا: إذا غرس شجرًا في المسجد، فاعلم بأن من هذا الجنس أربع مسائل: إحداها: هذه، والحكم فيها أن الشجرة للمسجد؛ لأنه بمنزلة البناء للمسجد.

المسألة الثانية: إذا غرس شجرًا في أرض موقوفة على الرباط، والحكم فيها أن الغارس إن ولي تعاهد هذه الأرض الموقوفة على الرباط، فالشجرة للوقف؛ لأن هذا من جملة التعاهد، فيكون غارسًا للوقف، وإن لم يلِ تعاهد هذه الشجرة، فالشجرة له، وله دفعها.

المسألة الثالثة: إذا غرس شجرًا في طريق العامة، فالحكم فيها أن الشجرة للغارس؛ لأنه ليس له ولاية جعلها للعامة.

١١٤٢٥- المسألة الرابعة: إذا غرس شجرًا على شط نهر العامة، أو على شط حوض القرية، فالحكم فيه كالحكم في المسألة الثالثة.

١١٤٢٦- فيه أيضًا: رجل جعل أرضه مقبرة، وفيها أشجار، فأراد ورثته أن يقطعوا

فبيعت هذه الأشجار، وصرفت ثمنها في كفني، وثمن الخبز للفقراء، وثمن الدهن لسراج المسجد[1] الذي في كذا، ثم مات، وترك امرأته هذه وورثة كبارًا، فاشترى الورثة الكفن من الميراث، وجهزوه، تباع الأشجار، ويحط من ثمن الأشجار مقدار الكفن، يعني يرفع من الثمن هذا المقدار، وتصرف المرأة الباقي إلى الخبز، ودهن السراج؛ لأن الزوج أمرها بصرف الثمن في ثلاثة أشياء، فيجب قسمته على عدد [الأشياء] الثلاثة.

١١٤٣٢- رجل وقف ضيعته على بنيه وأولادهم أبدًا ما تناسلوا، وآخر ذلك للفقراء، ثم غرس الواقف فيها شجرًا، فإن غرس من غلة الوقف، فالشجرة للواقف، وإن غرس من مال نفسه، فإن قال عند الغرس: إنه للوقف، فهو للوقف، وإن لم يذكر شيئًا، فهو ميراث عنه.

١١٤٣٣- قرية وقف على أرباب مسمين في يد متولي، باع هذا المتولي ورق أشجار التوت جاز؛ لأن هذا بمنزلة الغلة، ولو أراد المشتري قطع قوائم هذه الأشجار، لم يجز؛ لأن هذا ليس ببيع.

١١٤٣٤- في «مجموع النوازل»: سئل نجم الدين عن أشجار في مقبرة، هل يجوز صرفها في عمارة المسجد؟ فقال: نعم، إن لم يكن وقفًا على وجه آخر، قيل له: فإن تداعت حوائط المقبرة إلى الخراب، أيصرف إليه أو إلى المسجد؟ فقال: إلى ما وقف عليه إن عرف، وإن لم يكن للمسجد متولٍّ، ولا للمقبرة، فليس للعامة التصرف فيها بدون إذن القاضي.

١١٤٣٥- وسئل هو أيضًا عن رجل غرس أشجار [تالة] في مسجد، فكبرت بعد سنين، فأراد متولي المسجد أن يصرف الشجرة إلى عمارة بئر في هذه السكة، والغارس يقول: هي لي، فإني ما وقفتها على المسجد، قال[2]: الظاهر أن الغارس جعلها للمسجد، فلا يجوز صرفها إلى البئر، ولا يجوز للغارس صرفها إلى حاجة نفسه.

١١٤٣٦- في «فتاوى أهل سمرقند»: مسجد فيه شجرة تفاح، يباح للقوم أن يفطروا بهذا التفاح، قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا يباح؛ لأنه صار للمسجد، فلا يصرف إلا إلى المسجد - والله أعلم -

---

(١) وفي حاشية ظ: وثمن الدهن لسراج بعينه للمسجد.

(٢) وفي م: زاد هكذا قال.

الفصل الرابع والعشرون
في الأوقاف التي يستغنى عنها، وما يتصل به من صرف غلة الأوقاف إلى وجوه أخر

١١٤٣٧- في فتاوى أبي الليث: بئر بنيت بالآجر في قرية، فخربت القرية، وانقرض أهلها، وعند هذه القرية قرية أخرى فيها حوض، يحتاج إلى الآجر، أيجوز أن يؤخذ الآجر من تلك البئر، ويُنفق في الحوض؟

فهذا على وجهين: إما إن عرف الباني، ففي هذا الوجه لا يجوز ذلك إلا بإذن الباني، وإما إن لم يعرف الباني [وفي هذا الوجه] ينبغي أن يتصدق بالآجر على فقير، ثم الفقير ينفق في الحوض؛ لأنه بمنزلة اللقطة، قال: ولو أراد القاضي أن ينفق من غير هذا الطريق، لا بأس به.

وهذا التفصيل الذي ذكرنا يأتي على قول محمد رحمه الله تعالى، أما على قول أبي يوسف على ما ذكرنا قبل هذا في مسألة الحصير الملقى في المسجد أنه لا يعود على مالك متخذه بخراب المسجد، بل يحول إلى مسجد آخر لا يأتي، وينبغي للقاضي أن يصرف الآجر على عمارة الحوض على قوله.

١١٤٣٨- رباط وعلى باب الرباط قنطرة [على نهر] لا يمكن الانتفاع بالرباط إلا بمجاوزة القنطرة، لكثرة المرور خربت القنطرة، وليس للقنطرة غلة يمكن عمارة القنطرة منها، هل يجوز عمارة القنطرة من غلة الرباط؟ فهذا على وجهين: إن شرط الواقف في الوقف أن تصرف غلة الرباط [إلى الرباط] وإلى ما فيه مصلحة الرباط، جاز صرف غلة الرباط إلى عمارة القنطرة، وإن لم يشترط ذلك لا يجوز.

وهذا إذا كان الرباط بحال لو لم تصرف الغلة إلى عمارة القنطرة [لا يخرب الرباط، أما إذا كان بحال لو لم تصرف الغلة إلى عمارة القنطرة خراباً[1] الرباط، يستحسن في ذلك؛ لأن الرباط وقف حق العامة، والقنطرة أيضاً حق العامة، ويجوز التصرف في حق العامة[2] في

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ب.

(٢) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكذا في الأصل في متن الصفحة.

المنفعة تعود إليهم.

ألا ترى إلى ما روي عن محمد رحمه الله تعالى في مسجد ضاق عن أهله، وبجنبه طريق العامة، أنه لا بأس بأن يلحق بالمسجد من الطريق إن كان لا يضر بأصحاب الطريق؛ لأن كلها حق عامة المسلمين، كذا هنا في "فتاوى أبي الليث".

١١٤٣٩ - وفيه أيضاً: قوم جمعوا الدراهم لعمارة القنطرة، واشتروا ببعضها الطعام للعمال، فجتمع هناك من لا يعمل، فدعاهم العمال إلى الطعام، فهذه المسألة على وجهين: إن حضر هؤلاء لهداية العمال وإرشادهم، والبحث على العمل، وفي هذا الوجه وسع للعمال أن يدعوهم، ووسع لهؤلاء أن يجيبوهم؛ لأنهم كالعمال، فإن حضروا لا لما قلنا، بل لأجل النظارة، فإن كانوا قليلا لا يتمكن بأكلهم نقصان فيما جمع للقنطرة، فكذلك الجواب أيضاً، وإن كانوا كثيراً لا يسعهم ذلك.

ولو فضل من الخشب ونحوه شيء، فهو على وجهين: إن كان يقدر على أربابها، يشاورهم القيم في ذلك، وإن كان لا يقدر على أربابها، فللقيم أن يفعل به ما يرى.

١١٤٤٠ - أوقاف على قنطرة، يبس الوادي، وصار الماء إلى شعبة أخرى من [أرض] تلك المحلة، واحتيج إلى عمارة القنطرة للوادي الجديد، هل يجوز صرف غلة القنطرة الأولى [إلى] الثانية؟ [ينظر] إن كانت القنطرة الثانية للعامة، وليس هناك قنطرة أخرى للعامة أقرب إلى القنطرة الأولى [جاز] لما ذكرنا قبل هذا.

١١٤٤١ - سئل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى عن مسجد أو حوض خرب، ولا يحتاج إليه لتفرق الناس، هل للقاضي أن يصرف أوقافه إلى مسجد آخر، أو حوض آخر؟ قال: نعم، ولو لم يتفرق الناس، ولكن استغنى الحوض عن العمارة، وهناك مسجد محتاج إلى العمارة، أو على العكس، هل يجوز للقاضي [صرف] وقف ما استغنى عن العمارة إلى عمارة ما هو محتاج إلى العمارة؟ قال: لا.

١١٤٤٢ - رباط يستغنى عنه، وله غلة، فإن كان بقربه رباط، صرفت الغلة إلى ذلك، قال الصدر الشهيد في "واقعاته": وفيه نظر، فليتأمل عند الفتوى، وقيل: إن عرف من بناه، فالتصرف له، وإن لم يعرف [من بناه] فالتصرف للقاضي.

في "فتاوى النسفي": سئل شيخ الإسلام عن أهل قرية افترقوا، وتداعى مسجد القرية إلى الخراب، وبعض المتغلبة يستولون على خشب المسجد، وينقلون إلى ديارهم، هل لواحد من أهل القرية أن يبيع الخشب بأمر القاضي، ويمسك الثمن ليصرفه إلى بعض المساجد، أو إلى

[أما] المسجد؟ قال: نعم.

ويحكى أنه وقع مثل هذه الواقعة في زمن السيد الإمام الأجل في رباط في بعض طرق سمرقند خرب، ولا ينتفع المارة [به] وله أوقاف عامرة، فسئل هل يجوز صرفها إلى رباط آخر ينتفع به؟ قال: نعم؛ لأن الواقف غرضه من ذلك انتفاع المارة، ويحصل ذلك من الثاني.

١١٤٤٣ - رجل ربط دابة أو سيفاً في رباط وقفاً على الرباط، فخرب الرباط، واستغنى الناس عنها، يربط في رباط آخر هو أقرب إليه، وقدم جنس هذا فيما تقدم.

١١٤٤٤ - وإذا اجتمع في يد القيم من غلة وقف (١) الفقراء، وظهر له وجه من وجوه البر، بحيث يفوت إن لم يبادر إليه، واسترم الوقف، فإنه ينظر إن لم يكن في تأخير مرمة الوقف إلى الغلة الثانية ضرر بين بالوقف بالخراب، فإنه يصرف الغلة إلى وجه ذلك البر، ويؤخر العمارة إلى الغلة الثانية؛ لأن الجمع بينهما ممكن، وإن كان في تأخير العمارة ضرر بين، فإنه يصرف الغلة إلى مرمة الوقف، وما فضل صرف إلى ذلك البر؛ لأن عمارة الوقف أهم من إدراك [ذلك] البر؛ لأن الوقف إذا خرب انقطعت المبرة، وإذا [عمر] بقيت، فيمكن إدراك آخر إن فات هذا البر.

والمراد من هذا وجه البر ما يكون فيه تصدق بالغلة على نوع من الفقراء، نحو فداء أسارى المسلمين، أو إعانة منقطع من الغزاة، أو ما أشبه ذلك؛ لأن هذا وقف على الفقراء، والأسارى والمنقطعة فقراء، وكانوا من أهل [التصدق] عليهم. فأما عمارة مسجد، أو رباط ونحو ذلك مما ليس بأهل للتمليك، فلا يجوز صرف هذه الغلة إليه؛ لأن التصدق عبارة عن التمليك، فلا يتصور إلا ممن هو أهل للتمليك، والله أعلم.

١١٤٤٥ - في فتاوى أهل سمرقند: عمر وقف انهدم، وليس من الغلة ما يمكن عمارة المنهدم، بطل الوقف، ويرجع حق التصرف إلى الواقف إن كان حياً، وإلى ورثته إن كان ميتاً، هكذا ذكر ها هنا في هذه المسألة، ومر هذه المسألة، قال الصدر الشهيد: وفيه نظر؛ لأن الوقف بعدما صح شرائطه [لا تبطل] إلا في مواضع مخصوصة.

١١٤٤٦ - ومن هذا الجنس قال: حوض في محلة خرب، وصار بحيث لا يمكن عمارته، واستغنى أهل المحلة عنه، يعود إلى واقفه، يكون له إن كان حياً، ولورثته إن كان ميتاً، وإن كان لا يعرف واقفه، فهو كاللقطة في أيديهم، يتصدقون على فقير، ثم يبيعه الفقير، فينتفع بالثمن.

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: بعد ممكن وقف.

ومال موقوف على المسجد الجامع، فاجتمعت من غلتهما، ثم نابت الإسلام نائبة مثل حادثة الروم، واحتيج إلى النفقة في تلك الحادثة، أما المال الموقوف على [المسجد الجامع إن لم يكن للمسجد حاجة للحال، فللقاضي أن يصرف في ذلك، لكن على وجه القرض، فيكون دينًا في مال الفيء، وأما المال الموقوف على][1] الفقراء، فإن صرف إلى المحتاجين أو إلى الأغنياء من أبناء السبيل جاز، لا على وجه القرض؛ لأنه صرف إلى المصرف، بخلاف المال الموقوف على المسجد الجامع؛ لأنه صرف إلى غير المصرف، فلا يجوز إلا بطريق القرض، وإن صرف إلى الأغنياء من غير أبناء السبيل، فإن رأى قاض من قضاة المسلمين جواز ذلك جاز الصرف، لا بطريق القرض؛ لأن فيه اختلاف العلماء، بعض من قال: إنه لا يجوز، ولكن إن رأى قاض من قضاة المسلمين جواز ذلك، وصرف، كان قضاء في موضع الخلاف، وإن لم ير القاضي من قضاة المسلمين جواز ذلك، يصرف على وجه القرض، فيصير دينًا في مال الفيء[2].

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و "م" و "ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و "م" و "ب".

الفصل الخامس والعشرون
وقف الكفار

١١٤٥٣ - في "فتاوى أبي الليث": نصراني وقف ضيعة له على أولاده، وأولاد أولاده، أبدًا ما تناسلوا، وجعل آخره للفقراء، كما هو الرسم، فأسلم بعض أولاده، يعطى له؛ لأن الوقف حصل باسم الأولاد، وهذا الاسم باق بعد الإسلام.

فيه أيضًا: نصراني وقف ضيعة له على أولاده، وأولاد أولاده، فإذا انقرضوا فعلى فقراء المسلمين، فهذا الوقف جائز؛ لأن هذا مما يتقرب به أهل الذمة، فالوقف على ما هو قربة عندنا وعندهم جائز.

وكذلك إذا قال: فإذا انقرضوا، فعلى الفقراء، جاز، فإذا انقرضوا صرف إلى فقراء المسلمين؛ لأن حق فقراء المسلمين أقوى لشرف الإسلام، فيتعينون عند الإطلاق.

ولو قال: إذا انقرضوا فعلى فقراء النصارى، لا يجوز هذا الوقف؛ لأن هذا الوقف وقف على فقراء النصارى، والوقف على فقراء النصارى لا يجوز، أما عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فإنه لا يرى الوقف إلا بطريق الوصية، أو مضافًا إلى ما بعد الموت، ولم يوجد ذلك هنا، وأما [على] قولهما، فلأن هذا معصية في حقنا.

١١٤٥٤ - وذكر الخصاف في وقفه: إذا وقف الرجل من أهل الذمة نصرانيًا كان أو مجوسيًا أرضًا له، أو دارًا له على ولده، وولد ولده أبدًا ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، فهو جائز، فإن لم يسمِّ الواقف المساكين، فأي المساكين فرق ذلك منهم مساكين المسلمين، أو مساكين أهل الذمة جاز، وإن قال: على مساكين أهل الذمة [تفرق] القيم في مساكين اليهود والنصارى أو المجوس جاز ذلك، وإن قال: على فقراء اليهود، أو النصارى، أو المجوس لا يجوز ذلك، وإن قال: على فقراء النصارى، فهو جائز، ويفرق على فقراء النصارى، ولو فرّق القيم في فقراء اليهود أو المجوس، فهو مخالف ضامن.

١١٤٥٥ - وإن كان الواقف نصرانيًا، وقال: يجعل غلة هذا الوقف في فقراء اليهود أو المجوس، فهو جائز، وهو على ما قال، فما ذكره الخصاف في هذه المسائل يخالف المذكور في الفتاوى.

وقد ذكرنا في كتاب الوصايا والزيادات أن وصايا أهل الذمة أنواع: نوع هو معصية

الصدقة على الفقراء والمساكين، ويعطي ما سوى ذلك، وإن كان تصرف غلتها على جيرانه، وله جيران مسلمون وجيران نصارى ويهود ومجوس، وجعل آخره للفقراء، فالوقف جائز، ويفرق الوقف في جيرانه المسلمين والنصارى وغيرهم.

وإن قال الذمي: يجعل غلتها في أكفان الموتى، أو في حفر القبور، فهو جائز، فيصرف الغلة في أكفان موتاهم، وحفر قبور فقرائهم. قال: وسبيل الذمي في الوقف على قرابته وأهل بيته كسبيل المسلمين.

وإن قال الذمي: يجعل غلة هذه الصدقة في سراج بيت المقدس ودهنها، فهو جائز؛ لأنه قربة عندنا وعندهم.

وإذا وقف نصراني وقفًا على ولده، وولد ولده أبدًا ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، وشرط أن كل من أسلم من ولده، أو ولد ولده أبدًا ما تناسلوا، فهو خارج عن هذا الوقف، فهو جائز، وهو على ما شرط.

نوع [آخر] منه:

١١٤٦٠- إذا ارتد المسلم، ثم وقف وقفًا في حال ردته فإن مات، أو قتل على ردته، أو لحق بدار الحرب، وحكم القاضي بلحاقه، بطل وقفه، ويكون الأرض ميراثًا، والمحفوظ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيما إذا اشترى شيئًا، أو باع، أو أجر، أو عامل في ردته بشيء أنه جائز، ولم يرو عنه فيما يتقرب به إلى الله تعالى، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يجوز منه ما يجوز من القوم الذين انتقل إليهم.

١١٤٦١- وأما إذا وقف وقفًا صحيحًا، وجعل آخره للمساكين، ثم ارتد الواقف بعد ذلك، فقتل على ردته، أو مات يبطل الوقف، ويصير ميراثًا لورثته من قبل أن عمله قد حبط، فإن رجع إلى الإسلام، فإن وقف بعد ما رجع، جاز، وإن لم يفعل لم يجز ذلك.

نوع آخر منه:

١١٤٦٢- ذمي في يديه أرض أقر في صحته أن هذه الأرض وقفها رجل مسلم، وكان يملكها وقفًا صحيحًا على أبواب البر، وبناء المساجد، وما أشبه ذلك مما يتقرب به المسلمون إلى الله تعالى، فإقراره جائز، وكذلك إن أقر به في مرضه، وهذه الأرض تخرج من الثلث، فإقراره جائز.

الفصل السادس والعشرون
في المتفرقات

١١٤٦٣ - إذا اشترى أرضاً شراء فاسداً، ووقفها المشتري على الفقراء والمساكين بعد ما قبضها، فهو جائز على ما وقفها عليه(١)، وإن جاء البائع وخاصم المشتري في ذلك، فللبائع على المشتري قيمتها يوم قبضها، ولا يرد الوقف، ولو وقفها قبل أن يقبضها، لا يجوز، قال: ألا ترى أنه لو باع قبل القبض لا يجوز، ولو باعها بعد القبض يجوز، أشار إلى أن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض، ويفيده بعد القبض، فقبل القبض لو وقف لم يصادف ملكه، وبعد القبض صادف ملكه، ثم إذا وقفها بعد القبض، وخاصم(٢) البائع المشتري في ذلك، ذكر أن المشتري يضمن قيمتها للبائع يوم القبض؛ لأنه أتلفها بالوقف، ألا ترى أن المشتري لو باعها، أو وهبها [ضمن قيمتها للبائع] فكذا إذا وقفها، ولا ينتقض الوقف، كما لا ينتقض البيع إذا باعها المشتري من رجل؛ لأنه تصرف بتسليط [البائع].

١١٤٦٤ - ولو اشترى أرضاً شراء فاسداً، فقبضها، واتخذها مسجداً، وصلى الناس فيه، ذكر هلال في وقفه أنه مسجد، وعلى المشتري قيمته، ولا يرد إلى البائع، قال هلال: وهذا قول أصحابنا في المسجد، والوقف على قياسه.

١١٤٦٥ - وذكر في كتاب الشفعة: إذا اشترى أرضاً شراء فاسداً، واتخذها مسجداً، أو بنى فيها بناء، أنه يضمن قيمتها عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ويصير مستهلكاً بالبناء، وعندهما ينقض البناء، ويرد الأرض على البائع، فاشتراط البناء على رواية كتاب الشفعة دليل على أنه إذا لم يبن لا يصير مستهلكاً بمجرد اتخاذه مسجداً [بلا خلاف دون البناء، قال الحاكم الشهيد: رواية محمد في كتاب الشفعة أصح من رواية هلال](٣)، ووجه ذلك أن المسجد ما يكون لله تعالى خالصاً، وينقطع عنه حق العباد، وههنا حق العباد، وهو البائع باق قبل البناء، فلا يصير مسجداً.

---

(١) وفي م: فهو جائز على ما وقفها عليه.

(٢) هكذا في النسخ التي عندي، وكان في الأصل: وخاصمت.

(٣) هكذا في م [illegible] وكان في الأصل [illegible] لا باس [illegible] بلا خلاف.

وأحكامه، بدليل أنه يؤكد الملك ويقرره، حتى يجعل قبضًا، والقبض يؤكد الملك، فجاز أن يتأخر به قبضه، ويتقيد بنفوذه، بخلاف الوقف.

١١٤٧٠ - قال: ولو أن المستحق ضمن الغاصب - وهو البائع - القيمة، نفذ الوقف كما ينفذ العتق بلا خلاف؛ لأنه ملكه بالضمان من وقت الغصب السابق، فينفذ بيعه؛ لأنه باع ملكه، فينفذ وقف المشتري، كما ينفذ عتقه. قيل: غاصب المدبر والعقار لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، فكيف يستقيم هذا التفريع على قولهما؟ وقيل: إن ضمن المشتري القيمة لا ينفذ الوقف، كما ينفذ العتق؛ لأن الملك يثبت له بالضمان، والوقف إذا كان قبل ذلك بهذا الطريق لا ينفذ كالعتق.

١١٤٧١ - وذكر الخصاف في وقفه: إذا وقف بيتًا من دار بلا طريق، فإن وقفه بطريقه جاز الوقف، وإن لم يقفه بطريقه لم يجز الوقف؛ لأنه إن أجزنا الوقف ماذا يصنع به؛ إذا كان لا يمكن أن يكرى ولا يسكن؛ لأنه لا طريق له.

١١٤٧٢ - وإذا اشترط في وقفه أنه ليس لوالي هذه الصدقة أن يؤاجر هذا الوقف، ولا شيئًا منه، وإن آجرها واليها، أو واحد ممن يصير [الولاية إليه، فالإجارة باطلة]، وهو خارج عن ولاية هذه الصدقة، قال الخصاف: هو على ما شرط من ذلك، وكذلك لو شرط أن لا يدفع معاملة، فإن فعل ذلك أحد من ولاة هذه الصدقة، فهو خارج عن ولاية هذه الصدقة، وولاية هذه الصدقة لفلان، فهو جائز على ما شرط الواقف.

١١٤٧٣ - وإن شرط أن من تعرض من أهل هذه الصدقة، والسبب في إبطال هذه الصدقة، أو لم يطل في إبطال هذه الصدقة، فهو خارج عن هذه الصدقة، فهذا على ما شرط الواقف. وكذلك لو شرط أن من نازع فلانًا، وطالب بحصته من غلة هذه الصدقة، فهو خارج عن هذه الصدقة، فهذا على ما شرط الواقف.

١١٤٧٤ - في فتاوى أبي الليث: قيم وقف وقف جميع الغلة، وقسمها على أربابها، وحرم واحدًا منهم، وصرف نصيبه إلى حاجة نفسه، فلما خرجت الغلة الثانية أراد المحروم أن يأخذ من الغلة الثانية نصيبه في السنة الأولى، فهذا على وجهين: إن اختار المحروم تضمين القيم، ليس له أن يأخذ من الغلة الثانية ذلك؛ لأنه إذا اختار تضمين القيم سلم للشركاء ما أخذوا من جهة القيم، ولم يتبين أنهم أخذوا من نصيب هذا المحروم شيئًا، وإن اختار اتباع الشركاء والشركة فيما أخذوا، وكان له أن يأخذ ذلك من نصيب الشركاء من الغلة الثانية؛ لأنه إذا اختار اتباع الشركاء تبين أنهم أخذوا نصيبه، فله أن يأخذ من أنصبائهم مثل ذلك؛ لأنه

حبس حقه ، فمتى أخذ رجعوا جميعًا على القيم بما استهلك القيم من حصة المحروم في السنة الأولى؛ لأنه بقي حقًا للجميع.

١١٤٧٥ - وفيه أيضًا : رجل أوصى أن يوقف من ماله كذا كذا درهمًا لدين يظهر عليه ، فالوصية باطلة وقت أو لم يوقت؛ لأنه لم يوص بشيء لمحتاج ، وكل مال خلا عن الوصية والدين ، فهو مال الوارث ، فإن قال : إن رأى الموصي ذلك ، إلا أن يوقف ذلك من ثلث ماله؛ لأنه لما قال : إن رأى الموصي ذلك ، فكأنه قال : يعطي الوصي ذلك القدر من شيء ، لو نص على هذا يصح.

١١٤٧٦ - رجل في يده أرض وماء للفقراء ، ففضل الماء في النهر عن الأرض ، لا يعطي أحدًا ، بل يرسله في النهر ليصل إلى الفقراء ، أو إلى كل من يصل؛ لأن القيم أمر بصرف الماء إلى أرض الفقراء لا غير ، فإذا استغنى الأرض ، أرسل الماء.

١١٤٧٧ - مريض قال : إني كنت متولي حانوت وقف على الفقراء ، وكنت استهلكت من غلته ، أو قال : لم أود زكاتي ، فأدوا ذلك من مالي بعد موتي ، فإن صدقه الورثة في ذلك يعطي الوقف من جميع المال ، والزكاة من الثلث؛ لأن في ذلك يؤخذ ذلك من تركته من غير إقراره ، فلم يكن الأخذ مضافًا إلى إقراره ، وفي الزكاة لا يؤخذ من تركته ، وإن كذبه الورثة ، يعطي الوقف والزكاة من الثلث ، وللوصي أن يحلف الورثة على العلم ، يريد بالوصي قيم الوقف : بالله ما يعلمون أن ما أقر به حق؛ لأنه يدعي عليهم معنى لو أقروا به يلزمهم ، فإذا أنكروا يستحلفون ، فإن حلفوا جعل ذلك كله من الثلث ، كما قبل الحلف ، وإن نكلوا جعل الزكاة من الثلث ، والوقف من الجميع ، كما لو أقر به الورثة ابتداء.

١١٤٧٨ - قيم الوقف أدخل جذعًا في دار الوقف ، ليرجع في غلتها ، فله ذلك ، وإن أراد الاحتياط ينبغي أن يبيع الجذع من آخر ، ثم يشتري منه لأجل الوقف ، ثم يدخلها في دار الوقف.

رجل وقف ضيعة له على الفقراء في صحته ، وأخرجه من يده ، ثم قال لوصيه عند الموت : أعط من غلة تلك الضيعة كذا لفلان ، وكذا لفلان ، وقد كان قال لوصيه : افعل ما رأيت من الصواب ، فجعله لأولئك باطل؛ لأنه صار حقًا للفقراء ، فلا يملك تغيير حقهم ، إلا إذا شرط في الوقف أن يصرف غلتها إلى من شاء.

١١٤٧٩ - رجل وقف ضيعة له على امرأته وأولاده ، فماتت المرأة ، لم يكن نصيبها لابنها خاصة إذا لم تكن في الوقف شرط ، إن مات منهم رد نصيبه إلى أولاده ، بل يكون

نصيبها مردوداً على جميع الورثة.

١١٤٨٠ - مريض قال: أخرجوا نصيبي من مالي، يخرج الثلث من ماله؛ لأن ذلك نصيبه، قال عليه الصلاة والسلام: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم»[1] الحديث.

١١٤٨١ - حانوت وقف مال إلى حانوت آخر، ومال الثاني إلى الثالث، وتعطلت الحوانيت، وليس في الوقف غلة للعمارة، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون للحانوت الوقف غلة، يمكن عمارته منها، والحكم فيها أن لصاحب الحانوت أن يأخذ القيم برد ما مال عنه إلى هذا الوقف؛ لأنهما تضررا بذلك، والقيم هو المتعين لدفع هذا الضرر.

الوجه الثاني: أن لا يكون لحانوت الوقف غلة يمكن عمارته منها، وفي هذا الوجه يرفع الأمر إلى القاضي ليأمر القيم بالاستدانة على الوقف لإصلاحه، وليس للقيم أن يستدين بغير أمر القاضي؛ لأن الأمر بالاستدانة هنا متعين لدفع الضرر، والقاضي هو المتعين لدفع الضرر.

١١٤٨٢ - حائط بين دارين، أحدهما وقف، انهدم ذلك الحائط، فبناه صاحب الدار في حد دار الوقف، كان للقيم أن يأخذه بنقضه؛ لأنه تصرف في الدار الموقوفة، فلو أراد القيم أن يعطي قيمة بنائه ليكون البناء للوقف، ليس للباني أن يجبره على ذلك، وقد مر جنس هذا فيما تقدم، وسيأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى. فإن أراد أن يعطي قيمة البناء من غلة الوقف لم يجز؛ لأنه لو أجاز لما ضاع من ورثة هذا الحائط من دار الوقف، فيكون المتعين هو المفتقر.

١١٤٨٣ - رجل وقف أرضاً على حفدته من كان منهم فقيراً، وله حفدة، عنده فرس تساوي مائتي درهم، فإن أمسك الفرس للجهاد، أو للركوب لما أن به زمانة، يعطى من الوقف؛ لأنه فقير، وإن أمسكه سرفاً لا يعطى إذا لم يكن عليه دين، ولا مهر؛ لأنه غني.

١١٤٨٤ - رجل عليه ديون، وله ضيعة تساوي عشرة آلاف درهم، فوقفها، وشرط صرف غلتها إلى نفسه قصداً منه إلى المماطلة، وشهد الشهود على إقراره، جاز الوقف، وجازت الشهادة، أما جواز الوقف فلمصادفته ملكه، وجواز الوقف على هذا الشرط قول أبي يوسف رحمه الله تعالى على ما مر قبل هذا، وأما جواز الشهادة فلأنها صادفة؛ لأن الرقبة

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣٠٩٢٧)، وابن ماجه في سننه (٢٧٠٩)، ومسند الشاميين (١٤٨٤)، والطبراني في معجمه الكبير (٩٤)، وابن عبد البر في التمهيد (١٤/ ٣٠٢).

خرجت عن ملكه، فإن فضل من قوته شيء من هذه الغلات، فللفقراء أن يأخذوا منه؛ لأن الغلات تبقى على ملكه.

١١٤٨٥ - القاضي إذا أطلق بيع وقف [غير] مسجل، هل يكون ذلك منه حكمًا ببطلان الوقف؟ ينظر: إن أطلق لوارث الواقف، يكون حكمًا، ويجوز البيع، وإن أطلق لغير وارث الوقف، لا يكون حكمًا، ولا يجوز البيع، وهذا لأن الوقف لو بطل يعود إلى ملك وارث الوقف [وبيع مال الغير لا يجوز].

١١٤٨٦ - سئل شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله: عمن باع محدودًا قد أوقفه، وكتب القاضي الشهادة على البيع، لا يكون ذلك قضاء بصحة البيع، وهذا صحيح ظاهر؛ لأن للقضاء شرائط من الشهادة والدعوى، وغير ذلك، ولم يوجد ذلك ههنا.

سئل الفقيه شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى عن أوقاف المسجد إذا تعطلت، وتعذر استغلالها، هل للمتولي أن يبيعها، ويشتري مكانها أخرى؟ قال: نعم، قيل: إن لم يتعطل، ولكن يوجد بثمنها ما هو خير منها، هل له أن يبيعها؟ قال: لا. ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف، تعطل أو لم يتعطل، وكذا لم يجوز الاستبدال بالوقف، وهكذا حكي فتوى شمس الأئمة السرخسي.

وقد روينا عن محمد رحمه الله تعالى في فصل العمارة أنه إذا ضعفت الأراضي الموقوفة عن الاستغلال، والقيم يجد بثمنها أرضًا أخرى، هي أكثر ريعًا، أن له أن يبيع هذه الأرض، ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعًا.

وفي "المنتقى": قال هشام: سمعت محمدًا رحمه الله تعالى [يقول]: في الوقف، إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين، فللقاضي أن يبيعه، ويشتري بثمنه غيره، وليس ذلك إلا للقاضي.

١١٤٨٧ - في "واقعات الناطفي": رجل جعل فرسًا له حبيسًا في سبيل الله، فليس لأحد أن يؤاجره؛ لأنه أعد لأمر آخر، إلا إذا احتيج إلى نفقتها، فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه، قال الناطفي: هذه المسألة تدل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقتها، يؤجر قطعة منها بقدر ما ينفق عليه.

١١٤٨٨ - وفيه أيضًا: متولي الوقف إذا أخذ الغلة، ومات، ولم يبين ماذا صنع، لم يضمن، فالأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في مسائل معدودة(١)، من جملتها

---

(١) وفي "ط": في مسائل معلومة.

هذه المسألة، وقد ذكرنا تمامها في الوديعة.

١١٤٨٩- في "فتاوى الفضلي": رجل وقف ضيعة بلفظ الصدقة على ولديه، فإذا انقرضا فعلى أولادهما، وأولاد أولادهما أبداً ما تناسلوا، فإذا انقرض أحد الوالدين، وخلف ولداً، تصرف نصف الغلة إلى الولد الباقي، والنصف إلى الفقراء، فإن مات الولد الثاني من ولدي الواقف، صرفت الغلة كلها إلى أولادهما، وأولاد أولادهما؛ لأن شرط الواقف مراعى، والواقف إنما جعل الغلة لأولاد الأولاد بشرط انقراض الولدين، ولم ينقرضا في الفصل الأول، فيكون نصف الغلة للولد الباقي، والنصف للفقراء للفظة الصدقة.

١١٤٩٠- وفيه أيضاً: رجل قال في صحته، جعلت داري صدقة موقوفة على المحتاجين من ولده، وليس في ولده إلا محتاج واحد، فله النصف من غلة الأرض، والنصف الآخر للفقراء، عملا بقوله: صدقة موقوفة، أراد المتولي أن يقرض ما فضل من غلة الوقف.

١١٤٩١- ذكر في وصايا "فتاوى أبي الليث": رجوت أن يكون ذلك واسعاً إذا كان ذلك أصلح، وأحرز للغلة من إمساك الغلة، ولو أراد أن يصرف فضل الغلة إلى حوائجه على أن يرده إذا احتاج إلى العمارة، فليس له ذلك، وينبغي أن يتنزه غاية التنزه، فإن فعل مع ذلك، ثم انفق مثل ذلك في العمارة، رجوت أن يكون ذلك ميراثاً له عما وجب عليه.

١١٤٩٢- وفي "فتاوى الفضلي": أنه يبرأ عن الضمان مطلقاً، وإن جحد عثل ما أنفق في حاجته، وخلطه بدراهم الوقف، صار ضامناً للباقي؛ لأنه صار مستهلكاً، فلو أراد أن يبرأ عن الضمان، يفعل أحد الوجهين: إما أن ينفق ذلك كله في مصلحة المسجد إن كان الوقف على المسجد، وإن كان الوقف على شيء آخر ينفق على ذلك الشيء[١]، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليأمر القاضي رجلا يقبض ذلك منه للوقف، ثم يدفع إليه رجل وقف بعد وفاته وقفاً صحيحاً، فله أن يرجع عنه؛ لأن الوقف بعد الوفاة وصية، وللموصي أن يرجع في وصيته.

١١٤٩٣- سئل شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله تعالى: عمن وقف، ثم افتقر، وأراد أن يرجع فيه، قال: يرفع [الأمر] إلى القاضي حتى يفسخ القاضي الوقف.

١١٤٩٤- رجل وقف ضيعة له، نصفها على امرأته، ونصفها على ولد له بعينه على أنه إن ماتت المرأة، صرفت نصيبها إلى أولاده، وآخره لفقراء المسلمين، ثم ماتت المرأة، يكون للابن الموقوف عليه من نصيبها نصيب؛ لأن الواقف شرط نصيبها لأولاده، والابن الموقوف عليه من أولاده.

---

(١) وفي "ف" و"م": على ذلك المسجد مكان على ذلك الشيء.

وإذا كان الوقف على أرباب معلومين، يحصى عددهم، فنصب[1] هؤلاء الأرباب متوليًا بدون استطلاع رأي القاضي، ذكر في "فتاوى أهل سمرقند" أنه يصح إذا كانوا من أهل الصلاح، وقاسوا هذه المسألة على ما إذا نصب أهل المسجد متوليًا بغير أمر القاضي، وقد ذكرنا [تلك المسألة فيما تقدم، وذكرنا] اختيار الصدر الشهيد في تلك المسألة أنه لا يصح التولية بغير أمر القاضي، واختياره في هذه المسألة هكذا أيضًا أنه لا يصح إلا بأمر القاضي.

١١٤٩٥- وذكر الخصاف في وقفه: إذا وقف ضيعة مع رقيق يعملون فيها، فقتل بعضهم، وأخذ [القيم] قيمته من قاتله، ينبغي له أن يشتري بها عبدًا آخر مكان المقتول، يعمل في هذه الصدقة، وإن جنى أحدهم جناية، ينبغي أن ينظر القيم أيهما أصلح بأمر هذه الصدقة، دفع الجاني، أو فداه بأرش الجناية، ويعمل بما هو أصلح بأمرها، فإن فداه الوصي بأرش الجناية من غلة هذه الصدقة، وكان أرش الجناية أكثر من قيمته، فهو متطوع في الفضل ضامن له، وليس إلى أهل الوقف من الدفع والفداء شيء، فإن فداه أهل الوقف، كانوا متطوعين، وكان الجاني في الصدقة على ما كان عليه، ومسألة جناية الوقف صارت واقعة في زماننا، وأفتى بعض المشايخ أنها في مال الوقف، لأنها صارت ممنوعة الدفع بفعله، فصار كجناية المدبر.

متولي الوقف إذا قام إلى عمارة الوقف، وأراد أن يأخذ لكل يوم أجر أجير[2]، ليس له ذلك.

١١٤٩٦- رجل جعل أرضه مقبرة، أو خانًا للغلة، أو مسكنًا، سقط عنها الخراج؛ لأن سبب وجوب الخراج الأرض النامية الصالحة للزراعة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

تم كتاب الوقف

---

(١) هكذا في الأصل والنسخة "ف"، وكذا في "ب" و"م": فنصب.

(٢) وفي النسخة "ف": أجرة بدلا عن أجر.

كتاب الهبة والصدقة

هذا الكتاب يشتمل على اثني عشر فصلاً:

الفصل الأول: في ألفاظ الهبة، وما يقوم مقامها

الفصل الثاني: فيما يجوز من الهبة، وما لا يجوز، وهو أنواع

الفصل الثالث: فيما يتعلق بالتحليل وما يتصل به.

الفصل الرابع: في هبة الدين من عليه الدين.

الفصل الخامس: في الرجوع في الهبة

الفصل السادس: في الهبة للصغير.

الفصل السابع: في حكم العوض في الهبة

الفصل الثامن: في حكم الشرط في الهبة

الفصل التاسع: في اختلاف الواهب والموهوب له والشهادة في ذلك.

الفصل العاشر: في هبة المريض

الفصل الحادي عشر: في المتفرقات.

الفصل الثاني عشر: في الصدقة

الفصل الأول
في ألفاظ الهبة وما يقوم مقامها

١١٤٩٧- ذكر الحاكم في المنتقى: إذا كان لرجل عبد في يدي رجل، فقال المودع لمولى العبد: هبه لي، فقال المولى: هو لك، فقال: لا أقبل، فهو هبة، فقد جعل الهبة نظير النكاح، لا نظير البيع.

إذا قال لغيره: هذه الجارية لك، فهي هبة [جائزة. رواه ابن سماعة عن أبي يوسف. وفي هبة الأصل: إذا قال: هي لك فاقبضها، فهي هبة][1]

١١٤٩٨- وفي الأصل: جعلت هذه الدار لك، فاقبضها، فهي هبة؛ لأن معنى كلامه: ملكتك هذه الدار، ألا يرى أن في التمليك بالبدل اللفظ الخاص والعام التمليك سواء، فكذا في التمليك بغير بدل

١١٤٩٩- وفي الفتاوى عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى: إذا قال لغيره: اين ترا، فهذه هبة لا تجوز إلا بالقبض، ولو قال: اين ترا است، فهذا إقرار.

وسئل أبو نصر عمن قال: جميع ما أملكه لفلان، قال: هذا هبة لا تجوز إلا بالقبض.

١١٥٠٠- وسئل [الفقيه] أبو بكر رحمه الله تعالى عن رجل له ابن صغير، غرس كرمًا، وقال: اغرسه باسم ابني، فهذا لا يكون هبة، قيل له: إن قال: جعلته باسم ابني؟ قال: هذا أقرب إلى الهبة من الأول، قيل له: إن قال: جعلته لابني؟ قال: لا شك في هذا أنه هبة.

في الأصل: إذا قال: أعمرتك هذه الدار، أو أعطيتك هذا الثوب [عطية، أو كسوتك هذا الثوب][2]، فهذا كله هبة.

وفي المنتقى: إذا قال: أعطيته وهو في يده، فقال: أعطيتك، فهذا هبة، وإن كان في يد صاحبه فهو وديعة

١١٥٠١- في الأصل: إذا قال: منحتك هذه الدراهم، وهذا الطعام، فهو هبة، ولو قال: منحتك هذه الأرض، وهذه الجارية، فهي عارية، والأصل أن لفظة المنحة إذا أضيفت إلى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسختين: ف، م

ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، فهو هبة، وإذا أضيفت إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، فهو عارية.

١١٥٠٢ – وإذا قال: أطعمتك هذه الأرض، فهو عارية، ولو قال: أطعمتك هذا الطعام، فإن قال: فاقبضه، فهو هبة، وإن لم يقل: فاقبضه، يكون هبة أو عارية، فقد اختلفت إشارات المشايخ رحمهم الله تعالى في شروحهم.

١١٥٠٣ – في الأصل: إذا قال: داري لك عمري سكنى، فهو عارية، وليس بهبة، وكذلك إذا قال: هي لك هبة عارية، أو قال: عارية هبة، فهذا كله عارية. ولو قال: داري هذه لك عمرى تسكنها، فهو هبة؛ لأن قوله: تسكنها، ليس بتفسير لقوله: عمرى؛ لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم، بل هو مشورة، فإن شاء قبل مشورته، وإن شاء لم يقبل، بخلاف قوله: عمري سكنى؛ لأن قوله: سكنى يصلح تفسيراً لقوله: عمرى؛ لأن كل واحد منهما اسم، والكلام المبهم إذا تعقبه تفسير، فالعبرة للتفسير.

١١٥٠٤ – إذا قال: هذه الدار هبة لك وأعقبتك من بعدك، فهي عارية له، وذكر العقبى لغو، وكذلك إذا قال: هي لك عقبى من بعدك، ولو قال: أسكنتك هذه الدار حياتك، وأعقبتك بعد موتك، فهذه عارية حال حياته، والعقبى بعد موته، وذكر العقبى هنا لا يكون لغواً، والفرق أن قوله: هي هبة لك، تمليك العين منه، وبعدما ملك العين لا يبقى[1] له ولاية الإيجاب لغيره، وقوله: أسكنتك، إيجاب المنفعة، وبعد إيجاب المنفعة يبقى له ولاية الإيجاب لغيره، فكان كلامه عارية في حقه، وفي حق عقبه بعده.

في المنتقى: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال: لفلان نصف مالي، ولفلان ربع مالي، نصف عندي هذا، فهذا هبة.

١١٥٠٥ – وفي فتاوى النسفي[2]: إذا قال لغيره: هذه الجارية لك حلالاً، فهذا على أنه أحل له فرجها، فلا يجوز إلا أن يكون قبله كلام يستدل على أنه وهبها له، ولو قال: وهبت لك فرجها، فهو هبة إذا قبضها

---

(١) في النسخة م: لا ينفي.

(٢) هكذا في المخطوطتين ... وفي نسخة ... وكان في الأصل ... النسفي.

الفصل الثاني
فيما يجوز من الهبة وما لا يجوز

١١٥٠٦ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": لا تجوز الهبة إلا محوزة مقسومة مقبوضة، فيستوي فيه الأجنبي والولد إذا كان بالغًا، وقوله: لا يجوز، أي لا يتم الحكم، فالجواز ثابت قبل القبض باتفاق الصحابة رضي الله تعالى عنهم، والقبض الذي يتعلق به تمام الهبة القبض بإذن الواهب، وذلك نوعان: صريح، ودلالة، ففيما إذا أذن له بالقبض صريحًا، يصح قبضه في المجلس، وبعد الافتراق عن المجلس، ويملكه قياسًا واستحسانًا، ولو نهاه عن القبض بعد الهبة، لا يصح قبضه، لا في المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس، ولا يملكه قياسًا، ولو لم يكن أذن له بالقبض، ولم ينهه عنه، إن قبضه في المجلس صح قبضه استحسانًا، ولا يصح[1] قبضه قياسًا، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس، لا يصح قبضه قياسًا واستحسانًا.

١١٥٠٧ - ولو كان الموهوب غائبًا، فذهب، وقبض، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان حاضرًا وقبضه بعد الافتراق عن المجلس سواء، إن كان القبض بإذن الواهب، جاز استحسانًا لا قياسًا، وإن كان بغير إذن الواهب لا يجوز قياسًا واستحسانًا.

١١٥٠٨ - وفي "البقالي": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال: اقبضه، فقال: قبضت، والموهوب حاضر، جاز، إذا لم يبرح الموهوب قبل قوله: قبضت، ولا يكفي قوله: قبلت، وإذا لم يقل: اقبضه، فإنما القبض أن ينقله، وإذا لم يقل: قبلت، لم يجز [وإن نقل] إلا أن تكون الهبة بمسألته.

١١٥٠٩ - في "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: إذا وهب جارية لامرأة، والجارية في البيت، وليست بحضرتها، فقالت: قبلت، لم يجز إلا أن تكون بحضرتها، قد ذكرنا أن الهبة لا تتم إلا بالقبض.

١١٥١٠ - والقبض نوعان: حقيقي [وهو ظاهر]، وحكمي، وذلك بالتخلية[2]؛ لأنها

---

(١) وفي "ظ" و"ب": ولم يصح.

(٢) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: وذلك بالتخلية ليس بقبض بلا خلاف؛ لأنها إذا كانت بحضرتها.

إذا كانت بحضرتها، فقد تمكنت من قبضها حقيقةً، وهو قبض التخلية، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى خاصة، وعند أبي يوسف التخلية ليست بقبض، وهذا الخلاف في الهبة الصحيحة، فأما في الهبة الفاسدة فالتخلية ليس بقبض بلا خلاف.

في "المنتقى" أيضًا: إذا وهب غلامه من رجل، والغلام بحضرتهما، ولم يقل له الواهب: اقبضه، فذهب الواهب، وترك الغلام، ليس له أن يقبضه حتى يأمره بقبضه.

١١٥١١- في "المنتقى" أيضًا: رجل وهب لرجل غلامًا، فلم يقبضه الموهوب له حتى وهبه الواهب من رجل آخر، ثم أمرهما بالقبض، فقبضاه، فهو للثاني، وكذلك لو أمر الأول بالقبض، فقبضه، كان باطلا؛ لأن الهبة من الثاني أبطلت الهبة من الأول.

١١٥١٢- وفيه أيضًا: رجل وهب لرجل ثوبًا في صندوق، مقفل عليها، ودفع الصندوق إليه، قال: هذا ليس بقابض لما وهب له، ولو كان الصندوق مفتوحًا، فهو قابض لما وهب له؛ لأن في الفصل الأول لم يصر مخليًا بين الموهوب والموهوب له، بخلاف الفصل الثاني.

١١٥١٣- هبة المشاع فيما يحتمل القسمة من رجلين، أو من جماعة عندهما صحيحة، وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فاسدة، وليست بباطلة حتى يفيد الملك عند القبض، فالشيوع من الطرفين فيما يحتمل القسمة مانع صحة الهبة، وتمامها بالإجماع، ومن طرف الموهوب، مانع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، خلافًا لهما؛ لأن الشيوع من طرف الموهوب له لا يلحق ضمان المتبرع، وهو المانع من تمام الهبة في الشيوع من الطرفين.

وإنما يشترط كون الموهوب مقسومًا ومفرزًا وقت القبض والتسليم لا وقت الهبة، بدليل أنه لو وهب نصف الدار شائعًا، ولم يسلم حتى وهب النصف الثاني وسلم لا يجوز، ولو وهب النصف شائعًا ولم يسلم حتى وهب النصف الآخر، وسلم الكل يجوز، وعلى أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إذا وهب الدار من رجلين، وسلم إليهما جملة: يجوز، ولو سلم إلى كل واحد منهما نصف الدار، لا يجوز، فهذا لا يبين لك أن المعتبر حالة القبض.

واختلف عبارة المشايخ في بيان معنى ذلك، بعضهم قالوا: بأن هبة المشاع عندنا غير فاسدة، إلا أنها غير تامة، لعدم القبض على وجه التمام بسبب الشيوع، فإذا انعدم الشيوع قبل القبض، زال المانع من تمام القبض، فعملت الهبة الشائعة عملها، وبعضهم قالوا: بأن التسليم في معنى شطر[1] العقد في باب الهبة، فإذا زال الشيوع قبل القبض، صار كأن العقد [قد] وقع

---

(١) هكذا في النسختين: "قد" و"م"، وكذا في الأصل والنسخة "ف": شرط.

على المفرز المقسوم، ولهذا لو وهب النصف، ولم يسلم حتى وهب النصف الآخر، وسلم الكل جاز، وصار كأن [العقد] واحد ضرورة اتحاد الشرط، وهو القبض والتسليم، بخلاف ما إذا تفرق التسليم؛ لأن هناك العقد، وكل عقد ليس بتام، لانعدام تمام القبض الذي هو شطر[1] العقد.

١١٥١٤ - وفي "المنتقى": ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل قال لرجلين: وهبت لكما هذه الدار، لهذا نصفها، ولهذا نصفها جاز؛ لأنه لا يحتمل أن يكون هذا تفسيراً لحكم العقد، على هذا التقدير لا يتمكن الشيوع في العقد، وهو المانع من تمام الهبة، وهكذا روى عن ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى.

ولو قال لأحدهما: وهبت لك نصفها، ولهذا نصفها، لم يجز؛ لأنه أثبت الشيوع في العقد.

١١٥١٥ - ولو قال: وهبت لكما هذه الدار لك ثلثها، ولهذا ثلثاها، على قول محمد يجوز، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز، لأنه لا يمكن أن يجعل هذا تفسيراً؛ لأن مطلق العقد لا يقتضي المثالثة، فكان لإثبات الشيوع في العقد.

١١٥١٦ - وعنه أيضاً في رجل وهب نصف دار غير مقسوم، ودفع الدار إليه، فباع الموهوب له ما وهب له، لا يجوز بيعه، قال: وهو بمنزلة من باع هبة لم يقبضها، وهذا بناء على ما قلنا أن الهبة لا تفيد الملك قبل القبض، والشيوع لا يحتمل القبض بصفة الكمال إلا بالقسمة، فلا يفيد الملك قبل القسمة، فهو معنى ما قال: وهو بمنزلة من باع هبة لم يقبضها.

ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": هبة الدار من رجلين، وعطف الصدقة عليها، فقال: وكذلك الصدقة، وهذا يدل على أنه إذا تصدق بما يقسم على رجلين، أنه لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه كالهبة.

وفي "الجامع الصغير": قال: لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين يجوز، قال الحاكم الشهيد: يحتمل أن يكون المراد من قوله، وكذلك الصدقة، على غنيين، فيكون ذلك بمنزلة الهبة؛ لأنه جعل الهبة من الفقير صدقة، فتكون الصدقة على الغني هبة، والأظهر أن في المسألة روايتين، فعلى رواية "الجامع الصغير" فرق بين الهبة والصدقة.

١١٥١٧ - وفي "الجامع الصغير" أيضاً: لو وهب عشرة دراهم من فقيرين جاز، وجعل الهبة من الفقيرين كالصدقة، وأما إذا وهب عشرة دراهم من غنيين عند أبي حنيفة رضي الله

(١) هكذا في النسخ الثلاثة التي عندنا، وكان في الأصل: شرط.

تعالى عنه: لا يجوز؛ لأنه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة.

١١٥١٨- وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الهبة: إذا وهب الرجل لرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العدلية، أنه يجوز، هو الصحيح، وجعل هذا بمنزلة [هبة] المشاع فيما لا يحتمل القسمة، وذكر أصلاً، فقال: كل ما يوجب قسمته نقصاناً، فإنه مما لا يحتمل القسمة، وإذا لم يوجب نقصاناً فهو مما يحتمل القسمة، فعلى هذا نقول: إن كان الدرهم الواحد ينتقص بالقسمة يجوز هبة نصفه، وإن كان لا ينقص لا يجوز هبة نصفه.

١١٥١٩- وذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "واقعاته" في باب الباء: إذا وهب لرجلين درهماً صحيحاً، تكلموا فيه، قال بعضهم: لا يجوز؛ لأن تنصيف الدرهم لا يضر، فكان مشاعاً يحتمل القسمة، والصحيح أنه يجوز؛ لأن الدرهم الصحيح لا يكسر عادةً، فكان مشاعاً يحتمل القسمة.

١١٥٢٠- في "المنتقى": ابن مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل معه درهمان، فقال لرجل: وهبت لك درهماً منهما، قال: إن كانا مستويين في الوزن والجودة، لم تجز الهبة، إلا أن يفرز له أحدهما؛ لأن الهبة تتناول أحدهما، وهو مجهول، وإن كانا مختلفين، فالهبة جائزة؛ لأنهما إذا كانا مختلفين، فالهبة قدر درهم منهما، وهو مشاع لا يحتمل القسمة، وأما في الدراهم المقطعة والمكسرة، فلا يجوز ذلك حتى يفرزه.

١١٥٢١- ولو قال: وهبت لك أحد هذين الدرهمين، وهما مختلفان، وهما مما يميز أو لا يميز، فالهبة باطلة؛ لأن الموهوب مجهول، وسبب التمليك لا ينعقد في محل مجهول.

١١٥٢٢- وفيه أيضاً: عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إذا دفع درهمين إلى رجلين، فقال: أحدهما لك هبة، لم يجز، كانا في الوزن سواء، أو مختلفين؛ لأن الموهوب مجهول، ولو قال: نصفهما لك، فإن كانا في الجودة والوزن سواء، لم يجز، وإن كان أحدهما أدون من الآخر وأردأ جاز؛ لأنه إذا قال: نصفهما لك، صار الموهوب معلوماً، وهو النصف، لو امتنع عمله الهبة[1]، إنما يمتنع لمكان الشيوع، فإذا كان في الجودة والوزن سواء، يتمكن الشيوع، وإن كان أحدهما أردى وأدون، فلا يجوز شيوع فيجوز.

١١٥٢٣- في "فتاوى أبي الليث": رجل قال لختنه بالفارسية: اين زمين تورا، فاذهب وازرعها، إن كان قول الختن عند ما قال هذه المقالة: قبلت، وزرع، صارت الأرض له، وإن لم

(١) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل والنسختين: "ف" و "م": عمل الهبة.

يعني قياساً، لا شيء منه، وذكرنا في أول هذا الفصل ما يخالف هذا.

١١٥٢٤ - وإذا وهب نصف عبده، أو ثلثه، وسلم لا يجوز؛ لأن هذا مما لا يحتمل القسمة، وكذلك إذا وهب عبده لرجلين، أو وهب رجلان عبداً لهما من رجل، وكذلك لو وهب رجل لرجلين نصف عبدين، أو نصف ثوبين مختلفين هروي ومروي، أو نصف عشرة أثواب مختلفة وطي وهروي؛ لأن مثل هذه الضروب لا تقسم قسمة واحدة، فكان واهباً لنصيب بنصف كل ثوب، وكل ثوب لا يحتمل القسمة في نفسه، وكذلك الدواب المختلفة على هذا. وإن كان [ذلك] من نوع واحد [يقسم قسمة واحدة، وكذلك الدواب المختلفة على هذا. وإن كان من نوع واحد][1] لم تجز هبته إلا مقسوماً؛ لأن الثياب إذا كانت من نوع واحد، تقسم قسمة واحدة، والدواب كذلك، فإنما وهب النصف مشاعاً فيما يحتمل القسمة وذلك جائز، وإن وهب نصيباً له في حائط، أو طريق، أو حمام، أو رحى، أو سلط، فهو جائز؛ لأنه غير محتمل القسمة؛ لأنه إذا قسم لا يمكن الانتفاع على الوجه الذي ينتفع به قبل القسمة، وهذا هو صفة ما لا يحتمل القسمة.

نوع منه:

١١٥٢٥ - وهب من رجل داراً فيها متاع الواهب، ودفعها إلى الموهوب له، فالهبة باطلة، هكذا ذكر في الزيادات، ومعناه أنه غير تامة، وعن البقالي يقول: في الدار متاع الواهب، أو إنسان من أهله، والأصل في جنس هذه المسائل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام [الهبة لما ذكرنا أن القبض شرط تمام الهبة، واشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام][2] القبض من الموهوب له. وهذا لأن الموهوب ما دام مشغولاً بملك الواهب، كانت يد الواهب قائمة على الموهوب لقيامها على ما هو شاغل للموهوب، وقيام يد الواهب على الموهوب يمنع تمام يد الموهوب له، فأما اشتغال ملك الواهب بالموهوب [لا يمنع تمام الهبة؛ لأن الموهوب فارغ لا مانع فيه عن تمام القبض؛ لأن اشتغال ملك الواهب بالموهوب][3] لا يوجب يد الواهب على الموهوب، فلا يمنع تمام يد الموهوب له، فلا يمنع تمام الهبة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندي.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندي.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبته من ظ، م، ب.

جئنا إلى تخريج المسألة ، فنقول : الموهوب وهو الدار مشغولة بملك الواهب ، فمنع تمام القبض ، وهو المعنى من البطلان المذكور في الكتاب ، ألا ترى أنه لو فرغ الدار ، وسلمها إليه فارغة ، تمت الهبة فيها ، وكذلك لو وهب لرجل آخر جرابًا ، أو جوالقا فيه طعام[1] ، فالهبة غير تامة ؛ لما ذكرنا .

١١٥٢٦- لو وهب ما في الدار من المتاع ، وما في الجراب والجوالق من المتاع ، فالهبة تامة ؛ لأن الموهوب ههنا شاغل بملك الواهب ، وليس بمشغول بملكه ، وذلك لا يوجب يد الواهب على الموهوب أكثر ما فيه أن يد الواهب قائمة على الدار والجوالق والمتاع والطعام فيها ، إلا أن هذه الأشياء تابعة وآلة لحفظ ما فيها ، وقيام اليد على التبع لا يوجب قيام اليد على الأصل ، ولا كذلك المسألة الأولى .

١١٥٢٧- ونظير هذا إذا وهب جارية لرجل عليها حلي ، ووهب الجارية دون الحلي ، وسلمها ، فالهبة تامة ؛ لأن الموهوب شاغل بملك الواهب ، ومثله لو وهب الحلي دون الجارية [وسلم الجارية] فالهبة غير تامة . وكذلك إذا وهب دابة ، وعليها سرج أو لجام ، ووهب الدابة دون السرج واللجام ، وسلمها إليه ، فالهبة تامة ، ولو وهب السرج واللجام دون الدابة ، فالهبة غير تامة ، والمعنى ما ذكرنا .

١١٥٢٨- ولو أن الواهب أودع الطعام والمتاع من الموهوب له ، ثم وهب الدار والجوالق منه ، وسلم الكل إليه [أو أودع المتاع والطعام بعد ما وهب الدار والجوالق ، وسلم الكل إليه][2] ، تمت الهبة في الدار ؛ لأن بالإيداع ثبت يده على المتاع حقيقة ، فلا يبقى يد الواهب على المتاع حقيقة .

١١٥٢٩- وفي "فتاوى أبي الليث" : إذا وهبت المرأة دارها من رجل هو زوجها ، وهي ساكنة فيها ، ولها أمتعة فيها ، والزوج ساكن معها يصح ؛ لأنها مع ما في يدها من الدار في يد الزوج ، فكانت الدار في يد الواهب معنى ، فصحت الهبة .

١١٥٣٠- وفي "المنتقى" : رجل وهب عبده من رجل ، وعلى عنق العبد شيء يحمله ، جازت الهبة في العبد ، ولو وهب حمارًا عليه حمل ، ووهب الحمار دون الحمل ، لا يجوز ، وهو بناء على ما ذكرنا .

١١٥٣١- وهب لرجل أرضًا فيها زرع ونخيل ، أو نخيلا فيها ثمر ، أو وهب زرعًا أو

---

(١) وفي "م" : "طعام الواهب" .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م" .

نخيلاً من أرض، أو ثمراً على نخل، لم تجز الهبة؛ لأن الموهوب متصل بغير الموهوب اتصال خلقة، وكان بمنزلة مشاع يحتمل القسمة، والمطلوب في حق هذا المعنى على السواء.

١١٥٣٢- وهب داراً، وسلمها إلى الموهوب له، وفي الدار متاع الواهب، ثم وهب المتاع منه بعد ذلك، وسلم إليه، جازت الهبة [في المتاع، ولا تجوز في الدار، ولو وهب الدار] ولم يسلم حتى وهب المتاع، وسلمه جملة، جازت الهبة [فيهما]. وكذلك إذا وهب الجراب والجوالق، ولم يسلم حتى وهب ما فيه، وسلمه جملة، جازت الهبة في الكل، وكذلك إذا وهب الأرض ولم يسلم حتى وهب[1] ما فيها من النخيل والزرع، وسلمها جملة، وكذلك إذا وهب النخيل، ولم يسلم حتى وهب ما فيها من الثمر، وسلم الكل، جازت الهبة [في الكل]؛ لأنه لا مانع من تمام الهبة حالة التسليم.

١١٥٣٣- وهب من آخر داراً فيها متاع الواهب، أو وهب الدار والمتاع جملة بعقد واحد، وسلمها إلى الموهوب له، ثم جاء مستحق، واستحق المتاع دون الدار، فالهبة تامة في الدار؛ لأن بالاستحقاق لا يتبين أن الدار كانت مشغولة بملك الواهب، وهو المانع من تمام الهبة في المسألة الأولى، وكذلك لو وهب جوالقاً بما فيه من المتاع، وسلمه إلى الموهوب له، ووهب جراباً بما فيه من الطعام، ثم استحق المتاع والطعام، كانت الهبة تامة في الجراب والجوالق.

١١٥٣٤- ولو وهب أرضاً بما فيها من الزرع، وسلمها، أو وهب نخيلاً بما فيها من الثمر، وسلمها، ثم استحق الزرع والثمر دون النخيل والأرض، فالهبة باطلة في الأرض والنخيل؛ لأن باستحقاق الزرع والثمر ظهر أن الشيوع المقارن بالهبة على وجه يحتمل القسمة، وأنه يبطل الهبة، بخلاف مسألة الجوالق والجراب والدار.

١١٥٣٥- وفي "المنتقى": قال محمد: وهبت لك هذين البيتين، وأحدهما مشغول، لا يجوز الهبة في واحد منهما. ولو قال: وهبت لك هذا البيت، وهذا البيت الآخر، جازت الهبة في البيت؛ لأن في الفصل الآخر انعقد في البيتين عقدان بالفعلين، فبطلان أحدهما لا يوجب بطلان الآخر.

١١٥٣٦- وفيه أيضاً: إذا وهب داره من رجلين أحدهما صغير في عياله، والآخر كبير، فقال: إن قبض الكبير جازت الهبة لهما، وذكر في موضع آخر عن أبي يوسف رحمه الله

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م ورف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م ورف.

تعالى أن الهبة فاسدة، وهو الصحيح، ولا شك في فساد هذه الهبة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وإنما الشك على مذهبهما؛ لأنه لو وهب من كبيرين يجوز عندهما، وإذا كان أحدهما صغيراً، قالا: لا يجوز، وهكذا ذكر في فتاوى أبي الليث.

والفرق إذا كان أحدهما صغيراً، فالهبة للصغير انعقدت للحال لقيام قبض الأب مقام قبضه، والهبة من الكبير إنما[1] إلى حين قبض الكبير متأخرة معنى، فسدت كلها بالاتفاق، قال الفقيه أبو الليث: الحيلة أن يسلم الدار إلى الابن الكبير، ثم يهب الدار منهما.

الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا أعطاه نصف دار صدقة، ونصفها هبة له، وقبل ذلك الرجل وقبضها، فهو جائز، وله أن يرجع في نصفها الذي وهبه.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن الهبة مع الصدقة مختلفان حكماً؛ فإنه لا رجوع في الصدقة، وفي الهبة رجوع، وباختلاف الحكم يتحقق التمييز، فينبغي أن لا تجوز الهبة.

نوع منه:

١١٥٣٧ - إذا وهب الدين من غير من عليه الدين، وسلطه على القبض، يجوز ذلك استحساناً، والقياس أن لا يجوز، وبه أخذ زفر؛ لأن الدين ليس بمال، والهبة وضعت لتمليك المال، فالهبة أضيفت إلى غير محلها، فلا يصح، وإنما جاز هبة الدين ممن عليه الدين بطريق الكناية عن الإبراء والإسقاط. ولنا أن الواهب لما أمره بالقبض، فقد جعله نائباً عن نفسه في القبض، فيقع قبض الموهوب له للواهب أولاً، ثم لنفسه، أو أن عمل الهبة ما بعد القبض، وبعد القبض هو مال محل للتمليك، بخلاف البيع؛ لأن أوان عمله الحال، وهو في الحال ليس بمحل للتمليك.

١١٥٣٨ - وإذا وهب ما على ظهر غنمه من الصوف، أو ما في ضروعها من اللبن، لم يجز، فإن أمره بجز الصوف، وحلب اللبن، ففعل، وقبض، جاز استحساناً. وعلى هذا زرع الأرض، وثمر الأشجار إذا أمره بجذاذه وحصاده.

١١٥٣٩ - كذا ذكر في الأصل أيضاً: إذا وهب ما في بطن جاريته لرجل، وسلطه على قبضه إذا وضعت، فوضعت، وقبضها الموهوب له، لم يجز، وكذا دهن السمسم قبل أن يعصر، والزيت في الزيتون، والدقيق في الحنطة. من أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول على

---

(١) في ب: انعقدت بدلاً من إنما.

الفصل الثالث
فيما يتعلق بالتحليل وما يتصل به

١١٥٤٢- في "فتاوى أبي الليث": رجل قال لآخر: أنت في حل مما أكلت من مالي، فله أن يأكله، ولو قال: من [أكل] من مالي، فهو في حل، لا يحل لأحد أن يأكله، هذا قول ابن زياد، حكى عنه نصير، قال نصير: وسألت محمد بن سلمة عن ذلك، فقال: كل من أكل، فهو في حل، قال نصير أيضاً: سألت محمد بن مقاتل عن رجل له شجرة، فقال: من أكل منها فهو في حل، فلا بأس بأن يأكل منها الغني والفقير.

١١٥٤٣- إذا قال لآخر: حللني من كل حق لك علي ففعل، وأبرأه من غير أن يعلم ما عليه، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: برئ مما عليه حكماً وديانة، وقال محمد في الحكم: كذلك، وفي الديانة لا يطيب له، ما لم يعلم صاحب الحق بما عليه.

في "فتاوى القاضي"[١]: والصحيح قول أبي يوسف؛ لأن الإبراء إسقاط، وجهالة الساقط لا تمنع صحة الإسقاط.

١١٥٤٤- وعن نصير قال: سألت الحسن بن زياد عن رجل قال لآخر: أنت في حل مما أكلت من مالي، أو قال: أخذت، أو قال: أعطيت، قال: لا يحل له أن يأخذ وأن يعطي إلا الأكل، وسئل أبو بكر عمن قال لآخر: جعلتك في حل الساعة، أو قال في الدنيا، قال: يصير في حل في الدارين، ولو قال: لا أخاصمك، ولا أطلبك فيما لي قبلك، قال: هذا ليس بشيء، وحقه عليه على حاله.

١١٥٤٥- وسئل أبو القاسم عمن سيب دابته لعلة، فأخذها إنسان، فأصلحها لمن تكون؟ قال: إن سيبها، وقال: من شاء فليأخذها، فأخذها رجل، فهي له، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: الجواب هكذا، إذا قال لقوم معينين عند القبض، وإن لم يقل ذلك لقوم معينين، أو لم يقل ذلك أصلاً، فالدابة على ملك صاحبها، وله أن يأخذها، وفي الفتاوى ذكر المسألة مطلقة من غير فصل بينما إذا قال ذلك القول، أو قال مطلقاً.

١١٥٤٦- وسئل أبو بكر عمن قال: أبحت مالي لفلان أن يأكل، والمباح له لا يعلم بذلك، لا يباح له الأكل؛ لأن الإباحة إطلاق، والإطلاق لا يعمل قبل العلم، وسئل هو أيضاً

---

(١) هكذا في النسخ التي بين أيدينا، وكان في الأصل: الفضلي.

عن عبد مأذون دفع من مال مولاه أو من تجارته شيئًا لإنسان هبة، هل يسعه أن يقبل منه؟ إن دفع شيئًا لو بلغ مولاه كره ذلك، لا يسعه أن يقبل، وإن دفع شيئًا لا يكره ذلك، وسعه أن يقبل منه.

١١٥٤٧ - إذا وهب للصغير شيء من المأكول، هل يباح لوالديه أن يتناول من ذلك؟ روي عن محمد رحمه الله تعالى نصا أنه يباح.

١١٥٤٨ - رجل اتخذ وليمة للختان، وأهدى الناس هدايا، ووضعوا بين يدي الولد، فهذا على وجهين. إما إن قال: هذا للولد أو لم يكن، والجواب في الوجهين واحد، فنقول: المسألة على قسمين. إما إن كانت الهدية تصلح للصبي كالدراهم والدنانير، أو لا، كمتاع البيت والحيوان، ففي القسم الأول الهدية للصبي؛ لأن هذا تمليك من الصبي عادة، وفي القسم الثاني ينظر إلى المهدي، فإن كان من أقرباء الأم، أو من معارفها، فهي للأم؛ لأن التمليك منها عرفًا، هكذا حكي عن الشيخ أبي القسم والفقيه أبي الليث، فالحاصل أن التعويل على العرف، حتى لو وجد سبب، أو وجه يستدل به على غير ما قلنا يعتمد على ذلك، وكذلك إذا اتخذ وليمة لزفاف ابنته إلى بيت زوجها، فأهدى أقرباء الزوج، أو أقرباء المرأة وهذا كله إذا لم يقل المهدي: أهديت للأب أو الأم في المسألة الأولى، وللزوج أو المرأة في المسألة الثانية، بأن تعذر الرجوع إلى قول المهدي، أما إذا قال، فالقول قول المهدي؛ لأنه هو المملك.

١١٥٤٩ - وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل قدم من السفر، وجاء بهدايا إلى من نزل عنده، وقال: اقسم هذه الأشياء بين أولادك، وبين نفسك، إن كان المهدي قائمًا يرجع في البيان إليه، وإن لم يكن فما يصلح للنساء، فهو للنساء، وما يصلح للصغار من الإناث، فهو لهن، وما يصلح للصغار من الذكور، فهو لهم، وما يصلح له فهو له، وإن كان يصلح للرجال والمرأة جميعًا، ينظر إلى المهدي، إن كان من أقارب الرجل، أو من معارفه فله، وإن كان من أقارب المرأة، أو من معارفها، فلها، فإذا التعويل على العادة.

١١٥٥٠ - وفي الفتاوى لأبي الليث: رجل أهدى إليه جاره شيئًا من المأكولات في إناء، فأراد أن يأكل في ذلك الإناء، هل يباح له ذلك؟ قال: إن كانت الهدية ثريدًا، أو نحوه يباح له التناول من الإناء؛ لأنه مأذون فيه دلالة؛ لأنه لو جعل في إناء آخر ذهبت لذته، وإن كانت مثل الفاكهة ونحوها، فإن كان بينهما انبساط مثل هذا، يباح له التناول لمكان الإذن دلالة، وإن لم يكن بينهما انبساط في مثل هذا، لا يباح لانعدام الإذن.

١١٤٥١ – سئل أبو مطيع عن رجل قال لآخر: ادخل كرمي، وخذ من العنب، كم يأخذ؟ قال: أخذ عنقوداً واحداً، وإن قال: خذ من البر، قال: يأخذ مقدار منوين؛ لأن المنوين يجوز في كفارة اليمين، قال الفقيه أبو الليث: يجوز أن يأخذ من العنب مقدار ما يشبع إنسان؛ لأن هذا إذن بأخذ ما يحتاج إليه في الحال عادة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

الفصل الرابع
في هبة الدين عن عليه الدين

١١٥٥٢ - ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الهبة : أن هبة الدين ممن عليه لا يتم من غير قبول، والإبراء يتم من غير قبول، ولكن للمديون حق الرد قبل موته إن شاء، وعن زفر أنه سوى بينهما، وقال: تتم الهبة والإبراء بدون القبول، وهذا الذي ذكر اختياره، وذكر في بيوع الواقعات فصل الهبة كما ذكره شمس الأئمة أنها لا تتم من غير قبول، وذكر عامة المشايخ في شرح كتاب [الكفالة، وفي شرح كتاب][1] الهبة أن هبة الدين ممن عليه، وإبراءه يتم من غير قبول، ويرتد بالرد، وإن وهب الدين الذي عليه الأصل أو أبرأه، فمات قبل الرد فهو بريء؛ لأن البراءة تتم من غير قبول [وإنما ترتد بالرد، وكذلك لو كان ميتًا، فأبرأه منه، وجعله في حل منه، فهو جائز؛ لأن البراءة تتم من غير قبول][2]، فإن رد الوارث هذا الإبراء، يعمل رده، ويقضي المال، وقال محمد: لا يعمل رده، والبراءة ماضية على حالها.

وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن الإبراء وقع للميت؛ لأن الدين على الميت، فلا يعمل رد الوارث، كما لا يعمل رد الكفيل إبراء الأصيل، وكما لا يعمل رد الوكيل بقضاء الدين إبراء الموكل.

ولأبي يوسف رحمه الله تعالى أن الإبراء وقع للوارث معنى؛ لأن الدين ينتقل إلى الوارث في حق أحكام الدنيا، ألا ترى أن المطالب بالدين هو الوارث، بخلاف الوكيل بقضاء الدين، والكفيل؛ لأن الإبراء للأصيل؛ لأنه هو المطالب به، وينتفع بالإبراء، فلا يعمل رد الكفيل، ورد الوكيل، أما هنا بخلافه.

١١٥٥٣ - ولو وهب الغريم الدين من الوارث صح بلا خلاف؛ لأن الإبراء وقع له.

١١٥٥٤ - ولو كان لرجل دين على عبد الغريم، فوهب الغريم الدين لمولاه صح، سواء كان على العبد دين أو لم يكن.

في كتاب المأذون في باب هبة عبد التاجر. فإن رده المولى يرتد برده، قيل : هو على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من النسختين. "ف" و "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الخلاف الذي تقدم في رد الوارث، وقيل: بأن هذا يرتد إجماعاً.

١١٥٥٥ – إذا كان الدين بين شريكين فوهب أحدهما نصيبه من المديون صح، ولو وهب نصف الدين مطلقاً، ينفذ في الربع، ويتوقف في الربع، كما لو وهب نصف العبد المشترك.

١١٥٥٦ – من عليه الدين إذا وهب مالاً من رب الدين، يملك رب الدين بالهبة، لا بالدين.

١١٥٥٧ – في "الزيادات" في آخر باب الحوالة في "فتاوى أبي الليث": إذا قال المولى لمكاتبه: وهبت [لك] ما لي عليك، فقال المكاتب: لا أقبل، عتق المكاتب، والمال دين عليه، وهذا بناء على ما قلنا: إن هبة الدين ممن عليه الدين يصح من غير قبول، ويرتد بالرد، فلا يظهر انتقاض الهبة في حق انتقاض العتق.

١١٥٥٨ – وفيه أيضاً: سئل أبو بكر عن شريكين، قال أحدهما لصاحبه: وهبت لك حصتي من الربح، فرد علي رأس المال، فرده عليه، ثم أراد أن يطالبه بالربح، قال: إن كان المال قائماً غير مستهلك، ولم يقسمها حتى وهبه، فالهبة باطلة

ذلك في السواد ينقص قيمة الثوب، ومنهم من قال: فتوى أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في مطلق السواد؛ لأن ذلك واد آخر الألوان لا يقبل الثوب لونًا آخر بعده، فصار السواد نقصانًا من حيث إنه لا يقبل لونًا آخر.

١١٥٦٣- في «المنتقى»: ذكر هشام عن محمد رحمه الله تعالى: رجل وهب لرجل جارية أعجمية، فعلمها القرآن، والكلام، والكتابة، فللواهب أن يرجع فيها في قولهم، وكذلك لو علمها عملاً آخر، ذكره بعد هذا، يريد بقوله: «في قولهم» في قول عامة العلماء رحمهم الله تعالى سوى قوله.

قال: لأنهم يقولون من أنفق عليها في ذلك لا يضمه على رأس المال في بيع المرابحة، يشير إلى أن هذا ليس بزيادة على الحقيقة، إذ لو كان زيادة لكان ما أنفق عليها في ذلك مضمومًا إلى رأس المال. قال محمد رحمه الله تعالى: وله أن يبيعها عليه مرابحة عندنا، وقد أشار إلى أن هذا زيادة على الحقيقة، فلا يكون للواهب أن يرجع فيها.

١١٥٦٤- ثم ذكر محمد لنفسه أصلاً، فقال: كلما زاد صلاحًا في العين، فليس للواهب أن يرجع فيها، وما كان بغير فعل أحد، أو من سوق[1]، فله أن يرجع فيه، وهذا لأن ما زاد صلاحًا في العين، فهي زيادة معنوية يتبدل الأعراض بإزائها، فيصير نظير الصبغ المتصل بالثوب، ولا كذلك ما إذا زاد صلاحًا بغير فعل واحد.

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى وغيرهما من العلماء يقولون: حق الرجوع من أثبته الشرع لفوات غرض، وهو العوض، فلا يؤثر في قطعه إلا زيادة لها عين قائم[2] يتصل يتعذر الفسخ بحكم الرجوع، ويصير المحل لمكان الزيادة في حكم الهالك.

وذكر بعد هذا الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى [أنه لا يرجع، قال ثمة: وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف][3].

ذكر الحاكم: إذا ولدت الجارية الموهوبة ولدًا، فله أن يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها.

١١٥٦٥- في «فتاوى أبي الليث»: وهب من آخر كرباسًا، فقصره الموهوب له، فليس للواهب أن يرجع فيه؛ فرق بين هذا وبين الغسل.

(١) وفي م: أو من سوق.

(٢) لعله عين قائم.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من النسختين: ط، م.

١١٥٦٦ - وفيه أيضًا: وهب من آخر عبدًا كافرًا، فأسلم في يد الموهوب له، فليس للواهب أن يرجع فيه؛ لأن الإسلام زيادة فيه، وعن محمد رحمه الله تعالى: له أن يرجع.

١١٥٦٧ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رجل وهب لرجل تمرًا ببغداد، فحمل الموهوب له التمر إلى بلخ، ليس للواهب أن يرجع فيها، قال محمد رحمه الله تعالى: نص في السير الكبير: أن من وهب لرجل جارية في دار الحرب، وأخرجها إلى دار الإسلام، ليس للواهب أن يرجع فيه؛ لأنه ازداد زيادة متصلة.

١١٥٦٨ - وفي المنتقى: عن محمد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رجل وهب من آخر ثيابًا هروية، فحملها إلى العراق، أو وهب طعامًا في العراق، فحمله الموهوب له إلى مكة، فليس للواهب أن يرجع، قال: لأنها زيادة. قالوا: وهذا إذا كانت قيمته في المكان المنقول إليه أكثر، فأما إذا كان على السواء، فللواهب أن يرجع.

وفي العتابية: ذكر في "الزيادات" في وضع المسألة: فقال: لو حمل الثوب إلى بلد يزداد قيمتها، فإن كان أنفق في النقل مالا، بأن أعطى في الكراء مالا، لا يرجع على كل حال، وذكر القدسي للإمام علي السغدي رحمه الله تعالى في "شرح السير" في أبواب الأنفال: إذا كانت الهبة شيئًا لا حمل له، ولا مؤنة، فحمل الموهوب إلى بلد يعز فيها، ويغلو سعرها، فلا رجوع فيها، ولو حمله إلى بلدة لا يعز فيها، وكان السعر في البلدتين على السواء، ثم عز، وغلا سعره، فللواهب الرجوع، كما لو وهب شعيرًا في بلده، ولو نقط المصحف، فأعرب، فلا رجوع، وكذا قيل في تحديد السكين.

١١٥٦٩ - وللواهب أن يرجع في بعض الهبة إذا شاء، وكذلك لو وهب عبدًا لرجلين، جميعه لأحدهما صدقة، وكذلك لو وهب رجلان لرجل هبة، وقبضها الموهوب له، ثم أراد أحدهما أن يرجع في حقه، فله ذلك.

١١٥٧٠ - وإذا حبلت الجارية الموهوبة، فإن كان الحمل قد ازداد فيها خيرًا، فليس له أن يرجع فيها، وهذا لأن حال النساء مختلف، فمنهن من إذا حبلت سمنت، وحسن لونها، ومنهن إذا حبلت اصفر لونها، ودق[1] ساقها، والزيادة تمنع الرجوع، والنقصان لا يمنع، فينظر في ذلك.

١١٥٧١ - في المنتقى: رجل وهب لرجل رضيعًا، فنشأ عند الموهوب له، وكبر وطال، ثم صار شيخًا، فأراد الواهب أن يرجع فيه، وقيمته الساعة أقل من قيمته حين وهبه:

(١) هكذا في النسخة "ط"، وكان في الأصل: "رق".

المسألة بتمامها مع ما فيها من اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى في زكاة "الجامع"، فما ذكر من الجواب في الفصل الأول فيما إذا كان الرجوع بغير قضاء، فهو يوافق رواية أبي حفص، ورواية "الجامع" على قول محمد بن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى.

١١٥٧٨ - ويجوز تصرف الموهوب له في الهبة ما لم يحكم القاضي بقبضها، فإذا حكم، فلا يجوز تصرفه، وكذلك قول محمد وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى.

١١٥٧٩ - يجب أن يعلم بأن الرجوع في الهبة لا يصح إلا بقضاء، أو رضاء، إما لأن الرجوع مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله تعالى، فكان في أصل ثبوته نوع وهاء(١)، أو لأن فيه قطع الملك على الموهوب له، وقطع الملك على الإنسان من غير قضاء ولا رضاء لا يجوز، فقبل قضاء القاضي، وقبل رد الموهوب له الهبة على الواهب باختياره تصرف الموهوب له حصل في ملك نفسه، فيصح، وبعد ما قضى القاضي، أو رد الموهوب له الهبة باختياره، صار الموهوب ملكاً للواهب، فلا يصح تصرف الموهوب له.

١١٥٨٠ - وإن مات في يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعد ما قضى القاضي به، لم يكن للواهب أن يضمنه؛ لأن أصل القبض لم يكن قبض ضمان، فكذا الدوام عليه، إلا أن يكون منعه بعد القضاء، وقد طلب منه الواهب، فحينئذٍ يصير متعدياً(٢)، فيضمن.

ولو لم يرد الهبة بعد الرجوع، ولم يحكم به الحاكم، حتى وهب الموهوب له الهبة من الواهب، وقبضه الواهب، فهو بمنزلة رده، أو رد الحاكم؛ لأن الرد بعد الرجوع مستحق على الموهوب له، فيقع من جهة المستحق، وإن أوقعه الموقع بجهة أخرى، عرف ذلك في موضعه.

١١٥٨١ - وإذا قضى القاضي بإبطال الرجوع لمانع، ثم زال المانع، عاد الرجوع، بيانه إذا بنى في الدار الموهوب له، وأبطل القاضي رجوع الواهب بسبب البناء، فهدم الموهوب له البناء، وعادت كما كانت، فله أن يرجع فيها، وهذا بخلاف ما لو اشترى عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فحُمّ العبد في مدة الخيار، وخاصم المشتري البائع في الرد، فأبطل القاضي حقه بسبب الحمى، ثم زال الحمى في مدة الخيار، ليس له أن يرد.

١١٥٨٢ - وهب لامرأة هبة، ثم تزوجها، فله أن يرجع فيها، ولو وهب لامرأته هبة، ثم أبانها، فليس له أن يرجع فيها؛ لأن في الوجه الأول الهبة انعقدت موجبة للرجوع، وفي [الوجه] الثاني انعقدت غير موجبة للرجوع، والبقاء يكون على نهج الانعقاد.

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في النسخة "ظ": نوع وها أو لأن.

(٢) هكذا في الأصل، ولعل الصحيح: متعنتاً.

١١٥٨٣ - وهب لعبد رجل شيئاً، فالقبول والقبض إلى العبد، وبعد القبول والقبض فالملك للمولى، فبعد ذلك ينظر، إن كان العبد ومولاه كل واحد منهما أجنبيًا عن الواهب، فللواهب حق الرجوع، وإن كان العبد ذا رحم محرم من الواهب، بأن كان أخوه، والمولى أجنبي عن الواهب، فللواهب حق الرجوع، وإن كان العبد أجنبيا من الواهب، ومولاه ذو رحم محرم من الواهب، بأن كان [مولى] العبد أخا للواهب، فللواهب حق الرجوع فيها عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، خلافًا لهما، وإن كان العبد ومولاه كل واحد منهما ذو رحم محرم من الواهب، فعلى قولهما: ليس للواهب حق الرجوع، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: قال الكرخي قال محمد: قياس قول أبي حنيفة: إن له حق الرجوع، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: ليس له حق الرجوع.

١١٥٨٤ - وإذا كان لرجل على عبد رجل دين، فوهب المولى العبد من رب الدين، وسلم إليه، حتى سقط دينه، ثم رجع المولى في العبد، قال أبو يوسف: يعود الدين، وقال محمد: لا يعود، هكذا ذكر في "الزيادات"، وذكر [الحاكم] في "المنتقى" قول أبي يوسف كقول محمد، وحكى عن البلخي أن أبا يوسف استحسن قول محمد، فقال: أرأيت لو كان الدين لصبي على عبد رجل، وهب مولى العبد العبد من الصبي، وقبله الوصي، وقبضه العبد حتى سقط الدين، ثم رجع الواهب في هبته، لو قلنا: لا يعود الدين ملك الوصي تصرفًا ضارًا بالصبي، وإنه فاحش.

١١٥٨٥ - وفي "العيون": صبي له على مملوك وصيه دين، وهب الوصي المملوك من الصبي جاز، ويبطل الدين، ولو أراد الوصي أن يرجع في هبته، روى هشام عن محمد رحمه الله تعالى: أنه ليس له ذلك، قال الصدر الشهيد حسام الدين في "واقعاته": هذا الجواب خلاف ظاهر الرواية، قيل: ويجوز أن محمدًا رحمه الله تعالى إنما أبطل حق الرجوع في هذه الصورة دفعًا للضرر عن الصبي، فإن من مذهبه أن الدين الساقط بسبب الهبة لا يعود بفسخ الهبة.

١١٥٨٦ - المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل وهب لرجل شجرة، فقطعها، وأنفق في قطعها، فله الرجوع، لأن القطع نقصان، لأنه ينقطع به حياته[1].

---

(١) وفي "ب": وإنه ينقطع به حمل الثمرة، وفي "م": فإنه ينقطع به حياة الثمر.

الفصل السادس
في الهبة للصغير

١١٥٨٧ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل» : كل شيء وهب لابنه الصغير، وأشهد عليه، وذلك الشيء معلوم في نفسه، فهو جائز، والقبض منه أن يعلم ما وهبه له، وأشهد عليه، والإشهاد ليس بشرط لازم، فإن الهبة تتم بالإعلام، ولكن ذكر الإشهاد حياطاً، تحرزاً عن الجحود إذا كبر الولد.

١١٥٨٨ - وإن أرسل غلامه في حاجته، ثم وهبه لابن صغير له، صحت الهبة؛ لأن العبد بعد الإرسال في حاجته في يد المولى حكماً، فلو لم يرجع العبد حتى مات الوالد، فالعبد للولد، ولا يصير ميراثاً عن الوالد؛ لأن الأب بنفس الهبة صار قابضاً لابنه؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة، وقبض الإنسان مال نفسه أيضاً قبض أمانة، فينوب ما للأب من القبض عن قبض الهبة.

١١٥٨٩ - وكذلك إذا وهب عبداً له آبقاً من ابنه الصغير، فما دام يتردد في دار الإسلام جازت الهبة؛ لأنه ما دام متردداً في دار الإسلام، فهو في يد المولى [حكماً، فيصير قابضاً لابنه بنفس الهبة][1]

١١٥٩٠ - وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا تصدق بعبد آبق له على ابنه الصغير لا يجوز، وروى المعلى عنه أنه يجوز، فحصل عنه روايتان.

وإن كان العبد في يدي رجل رهناً، أو غصباً، أو بشراء فاسد، فوهبه صاحب العبد من ابنه الصغير لا يجوز، ولم يجعل الأب قابضاً لابنه الصغير بقبض هؤلاء.

١١٥٩١ - ولو كان العبد وديعة في يدي رجل، فوهبه صاحب العبد من ابنه الصغير، يجوز، ويصير الأب قابضاً لابنه بيد مودعه، والفرق أن يد المودع ما دام مشتغلاً بالحفظ يد صاحب الوديعة حكماً، فبقيت اليد الحكمي فيصير قابضاً لولده، أما يد هؤلاء ليست يد صاحب العبد، فلا يصير الوالد قابضاً عن ولده بيد هؤلاء.

فإن قيل: أليس أن المودع إذا وهب الوديعة من المودع يجوز، ويصير المودع قابضاً بنفس الهبة، ولو كانت يد المودع لم يكن قابضاً لنفسه بحكم ذلك اليد؟

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من م و ب.

قلنا: اليد للمودع حقيقة، ولكن جعل ذلك [اليد] يد المودع حكماً لكونه عاملاً له في الحفظ، وذلك قبل التمليك من المودع بالهبة، فأما بعد ذلك فالمودع عامل لنفسه في الإمساك، فيصير قابضاً للهبة بيده لا بيد المودع.

١١٥٩٢ - وفي "فتاوى أبي الليث": رجل وهب لابنه الصغير داراً، والدار مشغول بمتاع الواهب، جاز؛ لأن الشرط قبض الواهب هنا، وكون الدار مشغولة بمتاع الواهب لا يمنع قبض الواهب، وسيأتي بعد هذا عن أبي حنيفة وأبي يوسف ما يخالف هذا.

وفي "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل وهب داراً لابنه الصغير، وفيها ساكن بأجر، قال: لا يجوز، ولو كان بغير أجر، وكان هو فيها، يعني الواهب، فالهبة جائزة؛ لأن الساكن إذا كان بأجر، فيده على الموهوب ثابتة بصفة اللزوم، فيمنع قبض غيره، فيمنع تمام الهبة، بخلاف ما إذا كان ساكناً بغير أجر، وكون الواهب في الدار لا يمنع تمام الهبة؛ لأن الشرط في هذه الصورة قبض الواهب، وكون الواهب فيه يقرر قبضه، ولا ينفيه.

١١٥٩٣ - وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا يجوز للرجل أن يهب لامرأته، ولا أن تهب لزوجها، أو لأجنبي داراً وهما فيها ساكنان، وكذلك الهبة لولده الكبير؛ لأن الواهب إذا كان في الدار، كان يده ثابتة على الدار، وذلك يمنع تمام يد الموهوب له.

١١٥٩٤ - قال: ولو وهبها لابنه الصغير، وهو ساكن فيها، جاز، وقد مرّ هذا.

وعن أبي يوسف برواية ابن سماعة أن هبته لابنه الصغير في هذه الصورة لا تجوز، كهبته لابنه الكبير، وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعنه أيضاً في رجل تصدق بأرض قد زرعها على ولده الصغير جاز، وإن كان الزرع لغير الأب، فأجازه لا يجوز؛ لأن يد المستأجر ثابتة على الأرض بصفة اللزوم، وأنها تمنع القبض للصغير، بخلاف يد الأب.

١١٥٩٥ - الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله في رجل تصدق بداره على ابنه الصغير، وله فيها متاع، أو هو ساكنها، أو كان فيها ساكن بغير أجر، جازت الصدقة، وإن كان في يد رجل بإجارة لم تجز الصدقة. قيل: جوابه في الصدقة فيما إذا كان فيها ساكن بأجر وبغير أجر يوافق جوابه في الهبة، وجوابه في الصدقة فيما إذا كان هو الساكن أو كان فيها متاعه، يخالف جوابه في الهبة، والمروي عنه في الهبة إذا كان الواهب في الدار، أو كان فيها متاع الواهب أنه لا يجوز، وكما أن الهبة تفتقر إلى القبض، فالصدقة تفتقر إلى القبض، فيكون في [المسألتين] روايتان عنه.

١١٥٩٦ - قال في "الأصل": وقبض الأب والجد الهبة على الصغير جائز، سواء كان

الصغير في عيالهما، أو لم يكن، وكذلك قبض وصيهما الهبة على الصغير جائز، سواء كان الصغير في عياله أو لم يكن، فأما غير الأب والجد، نحو الأخ والعم والأم، وسائر القرابات، القياس أن لا يملكوا قبض الهبة على الصغير، وإن كان الصغير في عيالهم، وفي الاستحسان يملكون إذا كان الصغير في عيالهم، وكذلك وصي هؤلاء، وكذلك الأجنبي الذي يعول اليتيم، وليس لليتيم أحد سواه، جاز له قبض الهبة عليه [استحسانًا، ويستوي في هذه المسائل التي ذكرنا إذا كان الصبي يعقل القبض أو لا يعقل. وهذا كله إذا كان الأب ميتًا، أو حيًا لكن غائبًا غيبة منقطعة، أما إذا كان حاضرًا حيًا، والصبي في عيال هؤلاء الذين ذكرناه، هل يصح قبض هؤلاء الهبة على الصغير؟ لم يذكر هذا الفصل في الكتاب هنا، إلا أنه ذكر في الأجنبي إذا كان يعول اليتيم، وليس لهذا اليتيم أحد سواه، جاز له قبض الهبة عليه][1]: وهذا الشرط يقتضي أن لا يصح قبض هؤلاء إذا كان الأب حاضرًا، وذكر في الحد أيضًا أنه لا يملك القبض على الصغير إذا كان الأب حيًا، ولم يفصل بينما إذا كان الصغير في عياله، أو لم يكن. فظاهر ما أطلقه يقتضي أن لا يصح][2].

١١٥٩٧- وذكر في الأم إذا وهبت له عبدًا، أو شهدت على ذلك، وأبوه ميت جاز قبضه، وهذا الشرط يقتضي أن لا يصح، وذكر في الصغيرة التي يجامع مثلها وهي في عيال الزوج أنه إن قبضت هي، أو الزوج جاز القبض، وهذا الإطلاق يقتضي أن يصح القبض من الزوج حال حضرة الأب. فمن المشايخ من سوى بين الزوج والجد والأم والأخ الذي يعوله، وقالوا: يصح القبض من هؤلاء على الصغير، وإن كان الأب حاضرًا، وما ذكر من الشروط وقع اتفاقًا في الكتب، وإليه ذهب الشيخ الإمام الأجل الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي، ومنهم من فرق بين الزوج وغيره، وقال: يصح قبض الهبة عليها من الزوج حال حضرة الأب، ولا يصح قبض غيره حال حضرة الأب، وإن كان الصغير في عياله، وإليه ذهب الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي.

وجه ما ذهب إليه فخر الإسلام أن الزوج إنما يملك القبض حال حضرة الأب بسبب العول، والعول موجود في حق هؤلاء. وجه ما ذهب إليه شمس الأئمة أن قبض الهبة من باب الحفظ، وولاية حفظ مال الصغير للأب، أو لمن أقامه الأب مقام نفسه، والأب أقام الزوج مقام نفسه في حفظها، وحفظ مالها إذا زفها إليه، أما ما أقام غيره مقام نفسه في ذلك، فلا يثبت

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

للغير هذه الولاية، بخلاف ما إذا مات الأب؛ لأن بالموت انقطعت ولايته، وكذلك بالغيبة المنقطعة، فجاز أن يثبت الولاية لمن يعوله.

١١٤٩٨ - ثم شرط في الصغيرة إذا كانت يجامع مثلها، فمن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال: إذا كان لا يجامع مثلها، لم يجز قبض الزوج عليها؛ لأنها إذا كانت بهذه الصفة لا تكون نفقتها على الزوج، فلا يعولها، وهذا ليس بشرط، والصحيح أنه إذا كان يعولها، وهي لا يجامع مثلها، جاز قبضه عليها، وإنما شرط ذلك ليبين أن المولى لا يجب عليه إذا كانت لا تجامع، فأما إذا عالها مع ذلك جاز قبضه عليها.

والصغيرة إذا لم يبن الزوج بها، لا يجوز قبض الزوج الهبة لها، ويجوز قبض [الأب] الهبة عليها.

١١٤٩٩ - وإن كان الصغير قد قبض الهبة بنفسه، جاز قبضه استحساناً إذا كان يعقل، وهذا قول علمائنا الثلاثة.

الفصل السابع
في حكم العوض في الهبة

١١٦٠٠- رجل وهب لرجل عبداً على أن يعوضه ثوبا بعينه، فاتفقا على ذلك، فلم يقبض واحداً منهما حتى امتنع أحدهما منه، فله ذلك، وإن تقابضا، جاز بمنزلة البيع، وليس لواحد منهما أن يرجع فيه بعد ذلك.

١١٦٠١- يجب أن يعلم أن الهبة بشرط العوض تنعقد تبرعًا، ويصير معاوضة عند اتصال القبض، وهذا لأن اللفظ لفظ الهبة، والمعنى معنى المعاوضة، فإن شرط العوض من خصائص المعاوضات، ويجب اعتبار اللفظ [كما يجب اعتبار المعنى؛ لأن الألفاظ قوالب المعنى. فاعتبرناه تبرعًا ابتداء عملا باللفظ][1]، وقلنا: لا يفيد الملك قبل القبض، ولا يصح في المشاع، ويرجع كل واحد منهما عنه، واعتبرناه معاوضة عند اتصال القبض عملاً بالمعنى، فقلنا: لا يرجع واحد منهما بعد ذلك، ويجب بالشفعة للشفيع، ولكل واحد منهما أن يرده في يده بعيب يوجد فيه، ولو استحق ما في يد أحدهما، يرجع على صاحبه بما في يده إن كان قائمًا، وبقيمته إن كان هالكًا كما هو الحكم في البيع.

١١٦٠٢- قال في "الأصل": إذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضًا، وقبضه الواهب، فليس للواهب أن يرجع في هبته، لحصول مقصوده، وكذا ليس للموهوب له أن يرجع في عوضه، لحصول مقصوده، وهو تأكد الملك في الموهوب.

ويشترط أن يضيف الموهوب له العوض إلى الموهوب[2]، فيقول: هذا عوض من هبتك، أو بدلها، أو مكانها، أو ما أشبهه من الألفاظ [حتى إن الموهوب له إذا وهب للواهب شيئًا، ولم يقل: هذا عوض هبتك، وما أشبهه من الألفاظ][3] لا يصير عوضًا، بل يكون هبة مبتدأة، حتى كان لكل واحد منهما أن يرجع في هبته، والملك لا يثبت للواهب في العوض إلا بالقبض بعد القسمة؛ لأن العوض في معنى هبة مبتدأة.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٢) وفي حاشية النسخة "ظ": إلى الموهوب منه.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

١٦٦٠٣ - والتعويض من الأجنبي صحيح يسقط به حق الرجوع للواهب في الهبة؛ لأنه تصرف منه في ملكه لإسقاط حق الواهب في الرجوع، ومثل هذا التصرف يصح من الأجنبي كصلح الأجنبي مع صاحب الدين عن دينه على غيره بمال نفسه.

وإذا صح التعويض من الأجنبي، لا يكون للواهب حق الرجوع في هبته، ولا يكون للمعوض حق الرجوع في العوض، ولا في المعوض عنه، سواء عوض عنه بأمره، أو بغير أمره، وإذا استحقت الهبة، كان للمعوض أن يرجع في عوضه إن كان قائمًا، وإن كان هالكًا ضمنه قيمته، إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى. وإن ظهر أن العوض لا يضمن إذا استحق الهبة، والعوض مستهلك، وإن استحق العوض، كان للواهب أن يرجع في هبته إن كانت قائمة، وإن كانت هالكة فليس له أن يضمن الموهوب له شيئًا، وإن استحق نصف الهبة، فللموهوب له أن يرجع بنصف العوض، وإن كان العوض قد هلك رجع بنصف قيمته، فإن قال الموهوب له: أرد ما بقي من الهبة وأرجع بجميع العوض[1]، لم يكن له ذلك.

١٦٦٠٤ - وإذا استحق بعض العوض من يد الواهب، فأراد الواهب أن يرجع ببعض الهبة، ليس له ذلك، ولكن ما بقي عوض عن الكل، فإن شاء أمسك الباقي من العوض، ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء رد ما بقي، ورجع بجميع الهبة.

١٦٦٠٥ - وإن كانت الهبة ألف درهم، والعوض درهم منها، أو كانت الهبة دارًا، والعوض بيت منها، لم يكن عوضًا، وكان للواهب أن يرجع في الهبة استحسانًا، وكذلك إن كانت الهبة دراهم وثوبًا، فعوضه الدراهم عن كل الهبة، لم يكن عوضًا استحسانًا، والحاصل أن عقد الهبة إن كان واحدًا، لا يصير بعض الموهوب عوضًا عن البعض.

١٦٦٠٦ - وأما إذا وهب له هبتين في عقدين مختلفين، فعوضه أحدهما عن الآخر كان عوضًا، قال في الكافي: أخذ فيه بالقياس، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يكون عوضًا في الوجهين، ذكر قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في المنتقى.

١٦٦٠٧ - وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ليس أبدًا كل صدقة من واهب يكون له أن يرجع فيها، فإنها لا تكون عوضًا عن شيء وهبه معها، أو قبلها، أو بعدها، وإن سمى بها عوضًا، فإن كانت قد تغيرت بزيادة، كانت هبة، أو عوضًا لم يكن له أن يرجع فيها، ولو وهب له حنطة، وطحن بعضها، وعوضه دقيقًا من تلك الحنطة كان عوضًا

---

(١) في نسخة ط: بجميع الهبة.

كذلك لو وهب له ثيابًا، وصبغ منها ثوبًا بعصفر، أو خاطه قميصًا، وعوضه إياه، كان عوضًا.

وكذلك لو وهب له سويقًا، فلتّ بعضه، وعوضه عبد مأذون له في التجارة، وهب لرجل هبة، وعوضه الموهوب له من هبته، فلكل واحد منهما أن يرجع في الذي له، والهبة باطلة.

وكذلك والد الصغير إذا وهب من مال الصغير شيئًا، وعوّضه الموهوب له؛ لأن هذا تعويض عن هبة باطلة.

وكذلك إذا وهب رجل للصغير هبة، وعوضه الأب من مال الصغير، لم يجز العوض، وللواهب أن يرجع في هبته؛ لأن الأب ملكه العوض مقابلا بتأكيد ملك الابن في الهبة، لا مقابلا بأصل الملك، فكان العوض في جانب الصغير معاوضة من وجه دون وجه، والأب إنما يملك في مال ابنه ما هو معاوضة من كل وجه، لا ما هو معاوضة من وجه دون وجه، فبطل التعويض. وكان للواهب أن يرجع في هبته. والله سبحانه وتعالى أعلم.

الفصل الثامن
في حكم الشرط في الهبة

١١٦٠٨ - في "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لغيره: هذا العبد لك إن شئت، ودفعه إليه، فقال: شئت، يجوز.

وعن محمد رحمه الله تعالى: في الثمر إذا طلع، فقال صاحب الثمر لغيره: هو لك إن أدرك، أو قال: إذا كان غدًا، فهو جائز، بخلاف دخول الدار.

١١٦٠٩ - في "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل قال لغيره: وهبت لك هذه الأمة على أن تعوضني ألف درهم، فدفع إليه الأمة، فوطئها، وولدت، قال: آمره أن يدفع العوض الذي شرط، أو القيمة، وإنما كان كذلك؛ لأن الجارية صارت مملوكة [للموهوب] له بالقبض، والواهب لما رضي بتملكه إياها بعوض مقدر، وتعذر الجبر على أداء العوض، لأن الجبر على أداء العوض] من حكم المعاوضة، والهبة بشرط العوض تنعقد معاوضة في الحال، فبقيت الجارية في يد الموهوب له مملوكة بعوض، فلا يمكن الجبر عليه، فشابه المملوكة بملك فاسد، فإن دفع العوض الذي شرط عليه، وإلا قضي عليه بالقيمة.

١١٦١٠ - وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عن رجل قال لآخر: أبرأتك عن الحق الذي عليك على أني بالخيار [قال: البراءة جائزة، والخيار باطل، ألا ترى أنه لو وهب له شيئًا على أنه بالخيار](1) جازت الهبة، وبطل الخيار، فالبراءة أولى؛ لأن الهبة يحتاج فيها إلى القبول، والبراءة لا يحتاج فيها إلى القبول.

١١٦١١ - في "فتاوى [الفقيه] أبي الليث رحمه الله تعالى": امرأة قالت لزوجها: وهبت منك(2) مهري على أن كل امرأة تتزوجها فأمرها بيدي، فهذا على وجهين: إما إن لم يقبل، أو قبل، ففي الوجه الأول لا يصح الهبة، وفي الوجه الثاني يصح، فبعد ذلك

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وب.

(2) هكذا في الأصل، وكان في النسخ التي عندنا: وهبتك.

المسألة على قسمين: إما إن جعل أمرها بيدها، أو لم يجعل، فإن جعل فالهبة ماضية، وإن لم يجعل، فكذلك، ذكرها هنا الشيخ أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى هكذا، وذكر في آخر الكتاب: إذا قالت المرأة لزوجها: وهبت مهري منك على أن لا تظلمني، فقبل صاحب الهبة، فلو ظلمها بعد ذلك، فالهبة ماضية، ذكره عن الشيخ أبي بكر الإسكاف والشيخ أبي القاسم الصفار رحمه الله تعالى.

١١٦١٢- وفي «المنتقى»: امرأة قالت لزوجها: تصدقت عليك بالألف التي عليك على أن لا تتسرى علي، أو قالت: على أن لا تتزوج، فقبل، ثم تزوج أو تسرى [فلا رجوع] - والله أعلم -.

١١٦١٣- وذكر في كتاب النكاح من «فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى» أيضاً: إذا قال الرجل لامرأته: أبرئني عن مهرك حتى أهب لك كذا، فأبرأته، ثم أبى الزوج أن يهبها، قال نصير رحمه الله تعالى: يعود المهر كما كان.

وذكر في كتاب الحج: امرأة تركت مهرها على الزوج على أن يحج بها، فلم يحج بها، قال محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى: مهرها عليه على حاله.

وإذا اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في هذا الفصل، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: والمختار للفتوى ما قال نصير ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى أن المهر يعود؛ لأن الرضا بالهبة كانت بشرط العوض، فإذا انعدم العوض انعدم الرضا، والهبة لا تصح بدون الرضا، وسيأتي ما يؤكد هذا بعد هذا في هذا الموضع أيضاً إن شاء الله تعالى.

١١٦١٤- امرأة قالت لزوجها: إنك تغيب عني كذا، فإن مكثت معي، ولا تغيب، فقد وهبت لك الحائط الذي في مكان كذا، فمكث معها زماناً، ثم طلقها، فالمسألة على وجوه: الوجه الأول: إذا كانت عدة منها لا هبة للحال، وفي هذا الوجه لا يكون الحائط للزوج؛ لأن العدة لا توجب الملك.

الوجه الثاني: إذا وهبت له، وسلمت إليه، ووعدها أن يمكث معها، وفي هذا الوجه الحائط للزوج [لأن الهبة مطلقة، وإن لم تسلم الحائط إلى الزوج لا يكون الحائط له.

الوجه الثالث: إذا وهبت على شرط أن يمكث معها، وسلمت إليه، وقبل الزوج، وفي

هذا الوجه الحائط للزوج][1].

وهكذا ذكر عن الشيخ أبي القاسم رحمه الله تعالى، وعلى قول نصير ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى، وهو المختار، لا يكون الحائط للزوج.

الوجه الرابع: إذا قالت: وهبت لك إن مكثت معي، وفي هذا الوجه لا يكون الحائط للزوج؛ لأن الصلح باطل.

١١٦٦٥- وفي "فتاوى الفضلي" رحمه الله تعالى: امرأة وهبت مهرها للزوج طمعا لقول زوجها: إنه يقطع [لها] ثوبًا كل حول مرتين، فقبلوها، وقد انقضى حولان، ولم يفعل، إما إن لم يكن ذلك شرطًا في الهبة، أو كان، ففي الوجه الأول لا يعود مهرها، وفي الوجه الثاني يعود؛ لأن الهبة حصلت بشرط العوض، ولم يحصل، وكذلك المرأة إذا وهبت مهرها لزوجها على أن يحسن إليها، فلم يحسن، كانت الهبة باطلة، كما قلنا.

وهذا يؤيد ما اختاره الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى من القول في جنس هذه المسألة فيما تقدم في هذا الموضع أيضًا.

١١٦٦٦- امرأة وهبت لزوجها ضيعة على أن يمسكها، ولا يطلقها، ثم طلقها بعد ذلك، فهذا على وجهين: إما إن شرطت الإمساك، وترك الطلاق وقتًا موقتًا، أو لم تشترط، ففي الوجه الأول إذا طلق قبل مضي الوقت، فالهبة باطلة؛ لأنه ما وفى بالشرط، وفي الوجه الثاني الهبة صحيحة؛ لأنه وفى بالشرط.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا تزوج امرأة، ونقص من مهرها على أن لا يخرجها من البلدة، فأخرجها، فإنه يبلغ تمام مهرها، والفرق هو: أن بين المسألتين لا فرق من حيث المعنى؛ لأن الشرط في هذه المسألة عدم الإخراج ما داما على النكاح، ولم يف بهذا الشرط، وفي المسألة الأولى الشرط هو الإمساك ما داما على النكاح، وعدم الطلاق مطلقًا، فإذا أمسك ساعة، ثم طلقها، فقد وفى بذلك الشرط.

١١٦٦٧- وفي "الجامع الأصغر": وهبت مهرها من زوجها على أن يطلقها[2]، وقبل

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من عـ وم ر ف.

(٢) هكذا في الأصل ونسخة أحمد، وكان في النسختين: عـ ، ر ، م : أن لا يطلقها.

الزوج، قال خلف رحمه الله تعالى: الهبة صحيحة، والشرط باطل، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

١١٦٦٨ - سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن منع امرأته من المصير إلى أبويها، وهي مريضة، فقال لها: إن وهبت لي مهرك بعثتك إلى أبويك، فقالت المرأة: أفعل، ثم قدمتها إلى الشهود، فوهبت بعض مهرها، وأوصت بالبعض على الفقراء، وغير ذلك، وبعد ذلك لم يبعثها إلى أبويها، ومنعها، قال: الهبة باطلة، قال الفقيه رحمه الله تعالى: لأنها بمنزلة المكرهة -والله سبحانه وتعالى أعلم-

الفصل التاسع
في اختلاف الواهب والموهوب له
والشهادة في ذلك

١١٦١٩- عين في يدي رجل ادعى أن صاحب اليد وهبه له، وسلمه إليه، وجحد صاحب اليد ذلك، فجاء المدعي ببينة شهدت على إقرار الواهب بالهبة والقبض، وكان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول أولاً: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه شهادة خالفت الدعوى؛ لأن المدعي ادعى معاينة القبض، والشهود شهدوا على إقرار الواهب بذلك، ثم رجع، وقال: تقبل، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وعلى هذا الخلاف الرهن والصدقة، ولو كان هذا الاختلاف بين الشاهدين، يمنع قبول الشهادة بلا خلاف، بأن شهد أحد الشاهدين على معاينة القبض، وشهد الآخر على إقرار الواهب بذلك. وجه قول الآخر أن هذه الشهادة قامت على بعض ما تناوله الدعوى؛ لأن الموهوب ادعى معاينة القبض، وما يدعيه المدعي يعتبر ثابتًا في حق قبول الشهادة بنفس الدعوى، فتضمن دعوى معاينة القبض دعوى إقرار الواهب بالقبض؛ لأن الثابت بالإقرار دون الثابت معاينة، فكانت الشهادة قائمة على قبض ما تناوله الدعوى، بخلاف ما إذا وقع هذا الاختلاف بين الشاهدين؛ لأن معاينة القبض لا تثبت بشهادة شاهد واحد [حتى يثبت ما دونه، وهو إقرار الواهب بالقبض؛ لأن المشهود به لا يثبت بشهادة الشاهد الواحد][1]، فلم يوجد اجتماع الشاهدين لا على معاينة القبض، ولا على إقرار الواهب بالقبض.

١١٦٢٠- ونظيره ما قال أبو حنيفة رحمه الله في رجل ادعى على آخر ألف درهم، وشهد له شاهدان بخمسمائة، تقبل شهادتهما، وتضمن دعوى الألف دعوى خمسمائة، ولكنه لو شهد أحد الشاهدين بألف، والآخر بألف وخمسمائة، لا تقبل الشهادة، ولو كان العبد في يد الموهوب له، فشهد الشهود على إقرار الواهب بالقبض، جازت الشهادة على قوله الأول والآخر، وإن كان الواهب أقر بذلك [عند القاضي]، والعبد في يده، أخذ بإقراره، هكذا ذكر المسألة ههنا، ولم يذكر لأبي حنيفة رحمه الله قول أول وآخر، وذكر في كتاب الإقرار قوله الأول، قال مشايخنا: ما ذكر ههنا أصح؛ لأن أكثر ما في الباب أن إقرار الواهب

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وب.

خالف دعوى المدعي؛ لأن المدعي ادعى معاينة القبض، والواهب أقر بالقبض، إلا أن الإقرار لا يبطل بمخالفة دعوى المدعي، فإن من ادعى على إنسان ألف درهم، وأقر له المدعى عليه بمائة دينار، صح إقراره.

١١٦٢١ – إذا استودع [رجل] رجلاً وديعة، ثم وهبها له، و[جحد وشهد] عليه بذلك شاهدان، ولم يشهدا بالقبض، فهذا جائز؛ لأن الهبة تثبت بالشهادة، وكون الموهوب في يد الموهوب له ثبت بتصادقهما، وهذا كافٍ لتمام الهبة؛ لأن قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة. فإذا جحد الواهب أن يكون في يده يوم ملك المدعي، و[قد] شهد شهود على الهبة، ولم يشهدوا على معاينة القبض، ولا على إقرار الواهب بالقبض، والهبة في يد الموهوب له يوم خاصم إلى القاضي، فإنه يجوز إذا كان الواهب حياً، وإن كان ميتاً فشهادتهما باطلة.

١١٦٢٢ – رجل وهب لرجل عبداً، وقبضه الموهوب له، ثم جاء رجل، وأقام بينة أنه كان اشتراه من الواهب قبل القبض والهبة، بطلت الهبة؛ لأن الشراء يوجب الملك بنفسه، فتبين أنه وهب وسلم ما لا يملكه، وإن لم يشهدوا على الشراء قبل الهبة، وإنما شهدوا على الشراء لا غير، فهو للموهوب له، وكذلك إن أرخ شهود الشراء شهراً أو سنة، فإن كان العبد في يدي الواهب، فأقام الموهوب له البينة أنه وهبه له، وقبضه قبل الشراء، وأقام المشتري البينة أنه اشتراه قبل الهبة، وقبضه منه، فالعبد لصاحب الشراء[1].

١١٦٢٣ – رجل وهب لرجل متاعاً، ثم قال له: إنما كنت استودعتك، فالقول قول صاحب المتاع مع يمينه، فإذا حلف، أخذ المتاع، وإن وجده هالكاً، فإن كان هلك بعد ما ادعى المستودع الهبة، فالمستودع ضامن القيمة؛ لأن التمليك بالهبة لم يثبت بقوله.

فبعد ذلك إن كان المتاع وديعة في يده، فجحود الوديعة سبب للضمان، وإن لم يكن وديعة في يده، فأخذ مال الغير على وجه التملك سبب للضمان إلا أن يثبت التملك من صاحبه ولم يثبت، وإن كان الهلاك قبل دعوى الهبة، فلا ضمان.

١١٦٢٤ – في «المنتقى»: بشر عن أبي يوسف: اتفق الواهب والموهوب له أن الهبة كانت بشرط العوض، ولكن اختلفا في مقدار العوض، فقال الواهب: العوض ألف درهم، وقال الموهوب له: خمسمائة، والعوض لم يقبض بعد، والموهوب قائم بعينه، فللواهب الخيار إن شاء قبض خمسمائة، وإن شاء رجع في الهبة، وإن كان الموهوب مستهلكاً، يرجع بقيمته إن شاء.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وهذا بناء على أن الهبة من الأجانب موجبة الرجوع، والعوض والرضى به من جهة الواهب قاطع حق الرجوع، فإن شاء رضي بالعوض الذي عينه الموهوب له، وترك حقه في الرجوع، وإن شاء لم يرض به، ومال إلى الرجوع.

وإن كان الموهوب مستهلكًا، رجع بقيمته؛ لأن الرضا بالقبض كان بشرط العوض المقدور لم يسلم له ذلك، فبقي قبضه قبض ضمان، فيرجع بقيمته لهذا.

١١٦٢٥- وإن اختلفا في أصل العوض، فقال الموهوب له للواهب: ما شرطت لك العوض أصلاً، فالقول قوله؛ لأنه ينكر شرطًا زائدًا يستغنى عنه تمام الهبة، ويكون للواهب الرجوع إذا كان الموهوب قائمًا، وإن كان مستهلكًا، فلا شيء على الموهوب له؛ لأن العوض لم يثبت، لما جعلنا القول فيه قول الموهوب له.

١١٦٢٦- والحكم في الهبة الخالية عن شرط العوض أن الموهوب ما دام قائمًا، فللواهب الرجوع، فإذا هلك، فلا ضمان، ولكن يحلف الموهوب له ههنا على دعوى الواهب بالله ما شرط العوض يريد به إذا كان الموهوب مستهلكًا؛ لأن الواهب يدعي القيمة في هذه الصورة، فيحلف عليه.

١١٦٢٧- في "الأصل": وإذا أراد الواهب الرجوع في الهبة، فقال الموهوب له: أنا أخوك، أو قال: عوضتك، أو إنما تصدقت به علي، وكذبه الواهب، فالقول قول الواهب.

وكذلك إذا كانت الهبة خادمًا، فقال: وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت عندي، وازدادت خيرًا، وكذبه الواهب، فالقول قول الواهب، وهذا استحسان، والقياس أن يكون قول الموهوب له.

١١٦٢٨- ولو كان الموهوب أرضًا، وفيها بناء، أو شجرًا، أو سويقًا وهو ملتوت، أو ثوبًا وهو مصبوغ، أو مخيط، فقال الموهوب له: وهبتها لي وهي صحراء، فبنيت فيها وغرست، وهبته لي وهو غير ملتوت، وغير مخيط، وغير مصبوغ، فلتته أنا أو صبغته، أو خطته أنا، وقال الواهب: لا، بل وهبته كذلك، فالقول قول الموهوب له، وكذلك إذا اختلفا في بناء الدار، وحلية السيف.

١١٦٢٩- في "المنتقى": إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة، وادّعى الموهوب له أنها هلكت، فالقول قول الموهوب له، ولا يمين عليه، فإن عيّن الواهب شيئًا، وقال: هذا هو الهبة، حلف الموهوب له عليه.

١١٦٣٠- في "المنتقى": ابن سماعة عن محمد: في رجل وهب جاريته من رجل،

وقبضها الموهوب له وأولدها[1]، ثم أقام الواهب بينة، أنه كان دبّرها قبل أن يهبها، قال: يأخذها ويأخذ عقرها، وقيمة أولادها.

أما يأخذها؛ لأنه تبين أنه وهبها وهي مدبّرة، والمدبرة لا تقبل النقل، ويأخذ عقرها؛ لأنه تبين أن الموهوب له وطئ ملك الغير، وتعذر إيجاب الحد لصورة الهبة، فيجب العقر، وأن يأخذ قيمة الولد؛ لأن الموهوب له صار مغرورًا؛ لأنه استولدها بناء على أنها ملكه، وولد المغرور حر، فالمغرور بحكم الهبة يساوي المغرور بحكم الشراء في حق هذا الحكم، وهو حرية الولد بالقيمة، ويفارقه في حق الرجوع بقيمة الولد على الغار.

وإنما كان كذلك؛ لأن حرية الولد المغرور بالقيمة؛ لأن المغرور لم يرض برق مائه، وفي حق هذا المعنى لا فرق بينهما إذا كان الغرور في عقد الهبة أو في عقد البيع.

أما الرجوع على الغار في فصل الشراء؛ لأن البائع ضمن له السلامة؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة، هذا المعنى لا يتأتى في فصل الهبة؛ لأن عقد الهبة لا يقتضي السلامة؛ لأنه عقد تبرع.

١٠٦٣١ - وكذلك لو مات الواهب، وأقامت الأمة بينة: أن الواهب قد كان دبّرها قبل أن يهبها من هذا الرجل، كان الجواب كما قلنا.

١٠٦٣٢ - في المنتقى: ويجوز الرجوع فيما وهب للعبد بغيبة المولى إن كان مأذونًا له، ويصدق الواهب أنه مأذون، ولا تقبل بينة العبد على أنه محجور إلا أن يكون على إقرار الواهب، ويحلف الواهب عند عدم البينة على العلم، ولو غاب العبد، والهبة في يده، فلا خصومة مع المولى، وإن كانت في يده، فهو الخصم إذا صدقه، أو قامت عليه البينة -والله أعلم-.

---

(١) هكذا في النسخة "ظ"، وكذا في الأصل ونسختين "ب" و"م": أولادها

الفصل العاشر
في هبة المريض

١١٦٣٣- قال في الأصل: لا تجوز هبة المريض، ولا صدقته إلا مقبوضة، فإذا قبضت جازت من الثلث، وإن مات الواهب قبل التسليم بطلت.

١١٦٣٤- يجب أن يعلم بأن هبة المريض هبة عقداً، وليست بوصية، واعتبارها من الثلث ما كانت وصية، ولكن لأن حق الورثة يتعلق بمال المريض، وقد تبرع بالهبة، فيلزم تبرعه بمقدار ما جعل الشرع له، وهو الثلث، وإذا كان هذا التصرف هبة عقداً شرط له سائر شرائط الهبة، ومن جملة شرائطها: قبض الموهوب له قبل موت الواهب.

١١٦٣٥- مريض وهب داره من رجل، وسلمها إليه، ثم مات، ولا مال له غير الدار، ولم تجز الورثة الهبة، ونفذت في الثلث، لم تبطل الهبة في الثلث الباقي، وبهذه المسألة تبين أن ملك الورثة واستحقاقهم يثبت بسبب مقصور على حالة الموت، ولا يستند إلى أول المرض، إذ لو استند لتبين أن الهبة وقعت في ملك الورثة، فصار المريض واهباً ثلث الدار شائعاً، وهبة ثلث الدار شائعاً لا يجوز.

١١٦٣٦- وذكر محمد بن موسى الخوارزمي صاحب كتاب الجبر والمقابلة في كتابه: أن المريض إذا وهب جارية من رجل، وسلمها إلى الموهوب له، فوطئها الموهوب له، ثم مات الواهب، ولا مال له غير الجارية، ولم تجز الورثة الهبة، ونفذت في الثلث، كان على الموهوب له ثلثا عقر الجارية للورثة، وهذا يشير إلى أن حق الورثة يستند، ولا يقتصر على حالة الموت، ذكر جواب المسألة على هذا الوجه، ولم ينسبه إلى أصحابنا، فإن كان ما ذكر هو صحيحاً، تبطل الهبة في الثلث الباقي في مسألتنا، لكنه لا يكاد يصح؛ لأنه مخالف جواب ما في كتب أصحابنا رحمهم الله تعالى أن حق الورثة وملكهم لا يستند، بل يقتصر، وإن العقر لا يجب.

١١٦٣٧- قال في الجامع الصغير: مريض وهب عبداً قيمته ثلاثمائة درهم من رجل صحيح على أن يعوضه الموهوب له عبداً يساوي مائة درهم، وتقابضا، ثم مات المريض من ذلك المرض، ولا مال له غير العبد، وأبى الورثة أن يجيزوا ما صنع الواهب، كان للموهوب له الخيار، إن شاء نقض الهبة، ورد الموهوب كله، وأخذ العوض، وإن شاء رد ثلثي العبد

الموهوب على الورثة، وسلم ثلثاً له، ولم يأخذ من العوض شيئاً، فإن قال الموهوب له: أزيد في العوض بقدر الزيادة من المحاباة على الثلث، لم يكن له ذلك.

١١٦٣٨ - ولو كان المريض وهب كر تمر فارسي يساوي ثلاثمائة، على أن يعوضه كر تمر يساوي مائة، وتقابضا، ثم مات المريض، ولا مال له سوى ذلك، فللموهوب له الخيار، إن شاء نقض الهبة، ورد الكر الموهوب، وأخذ كره، وإن شاء أخذ نصف الكر الموهوب، ورد نصفه، واسترد نصف الكر الذي هو عوض.

١١٦٣٩ - في المنتقى: رجل وهب عبده من مريض، ورجع فيه بغير حكم، ورده إليه المريض، قال: يجوز من الثلث، ولو رجع فيه بقضاء، فهو جائز، ولا شيء لورثة الموهوب له فيه، قد ذكرنا أن الرجوع في الهبة بقضاء فسخ من وجه، وذكرنا اختلاف الروايات في الرجوع بغير قضاء عن محمد رحمه الله تعالى، فما ذكر من الجواب في هذه المسألة يوافق رواية أبي سليمان، فإنه اعتبر الرجوع بغير قضاء عقداً جديداً في حق الورثة.

١١٦٤٠ - وفيه أيضاً: مريض وهب جارية لمريض، فردها الموهوب له على الواهب بهبة منه، فهو جائز بمنزلة ما لو وهبه منه هبة، وليس لورثة الموهوب له أن يرجعوا في شيء مما وهب، فقد اعتبر الرجوع في هذه المسألة فسخاً من [كل] وجه، وإنه يوافق رواية أبي حفص عن محمد رحمه الله تعالى.

وفيه أيضاً: مريض وهب عبده لرجل وعليه دين يحيط بقيمته، ولا مال له غير هذا العبد، فأعتقه الموهوب له قبل موت الواهب، جاز، ولو أعتقه بعد موته لا يجوز؛ لأن بالموت تبين أن هذا المرض[1] مرض الموت، ولهذا الإعتاق حكم الوصية، والوصية لا تعمل حال قيام الدين.

١١٦٤١ - فيه أيضاً: ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل وهب عبداً له في المرض، ولا مال له غيره، فأعتقه الموهوب له قبل موت الواهب، وهو معسر، نفذ عتقه، وإذا مات الواهب بعد ذلك، فلا سعاية على العبد.

في فتاوى أبي الليث: مريض وهب لرجل جارية، فوطئها الموهوب له، ثم مات الواهب، وعليه دين مستغرق، يرد الهبة، ويجب على الموهوب له العقر، قال الصدر الشهيد: هو المختار، وقال: لأن الجارية ههنا مضمونة على الموهوب له بالقيمة، فجاز أن يكون المشتري بالوطء مضموناً.

(١) وفي النسختين: ... : أن هذا المريض مرض الموت.

١٦٤٤٢ - أيضاً في "الأصل": مريض وهب لمريض عبداً، وسلمه إليه، فأعتقه، وليس لواحد منهما مال غيره، ثم مات الواهب، والموهوب له: فإن العبد يسعى في ثلثي قيمته [لورثة الواهب] ويسعى في ثلثي الباقي لورثة الموهوب له؛ لأن عتق الموهوب له في مرض الموت بمنزلة الوصية، والوصية متأخرة عن الدين، وثلثا قيمته دين لورثة الواهب على الموهوب له، فإنه أتلف عليهم حقهم في ثلثي العبد بالإعتاق، فعلى العبد أن يسعى في ثلثي ذلك لهم، فإنما بقي مال الموهوب له ثلث رقبة العبد، فيسلم للعبد بطريق الوصية ثلث هذا الثلث، ويسعى في ثلثي هذا الثلث، فصار العبد على تسعة أسهم، يسلم له منه سهم، ويسعى في ثمانية أسهم.

الموكل دون الوكيل.

١١٦٤٨- وفي "البقالي" : التوكيل بالهبة توكيل بالتسليم، وللوكيل بالتسليم أن يوكل غيره، بخلاف الوكيل بالقبض.

١١٦٤٩- وفيه أيضًا : إذا وكل الواهب رجلا بالتسليم، وغاب، ووكل الموهوب له رجلا، وغاب، جاز، فإن امتنع وكيل الواهب عن التسليم، خاصمه وكيل الموهوب له.

١١٦٥٠- في "فتاوى النسفي" : سئل نجم الدين عن امرأة أعطت زوجها مالا لسؤاله ليتوسع بالتصرف فيه بالمعيشة، فظفر بالزوج بعض غرماء الزوج، واستولى على ذلك المال، هل للمرأة أن تأخذ ذلك من ذلك الغريم؟ قال: إن كانت وهبته من الزوج، وأقرضته منه، فلا؛ لأنه ملك الزوج، وإن كانت أعطته ليتصرف على ملكها، فلها ذلك؛ لأنه مالكها[1].

١١٦٥١- وسئل أيضًا عن رجل له ثلاثة بنين كبار، وكان دفع واحدًا منهم في صحته مالا ليتصرف فيه، ففضل وكثر ذلك، فمات الأب، أيختص به هذا الابن، ويكون ميراثًا عنه بينهم؟ قال: إن أعطاه هبة، فالكل له، وإن دفع إليه ليعمل به للابن، فهو ميراث.

١١٦٥٢- في "الحاوي" : قال محمد رحمه الله تعالى في "السير الكبير" : رجل قال لقوم: إني وهبت جاريتي هذه لأحدكم، فليأخذها من شاء، فأخذها واحد منهم، كانت له.

١١٦٥٣- وفيه أيضًا : قال رجل: أذنت للناس في ثمر نخلتي، فمن أخذ شيئًا فهو له، فبلغ الناس، فأخذوا منه[2] كان لهم.

١١٦٥٤- وفي "فتاوى أبي الليث" : سئل الفقيه أبو بكر عن المرأة أرادت أن تهب مهرها من زوجها، ولا يبرأ زوجها عن ذلك ماذا تصنع؟ قال: تصالح عن مهرها مع رجل على لؤلؤة، أو على شيء آخر من زوجها، ولا تنظر إلى ذلك الشيء، فإذا فعلت ذلك، برئ زوجها، ثم تهب مهرها من الزوج، ثم تنظر إلى اللؤلؤة، فيردها بخيار الرؤية، فيعود المهر على حاله.

١١٦٥٥- سئل هو أيضًا عن امرأة وهبت مهرها الذي لها على زوجها لابن صغير له، وقبل الأب، قال: أنا في هذه المسألة واقف، إذ يحتمل الجواز، كمن كان عبده عند رجل وديعة، فأبق العبد، ووهبه مولاه من ابن المودع، فإنه يجوز.

وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة، فقال: لا يجوز لأنها هبة غير مقبوضة؛ لأنها في

---

(١) هكذا في نسخة... ولعل الصحيح: ملكها.

(٢) هكذا في النسخة المصححة، وكان في الأصل: منه وهو الصحيح.

حكم المستهلكة ، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : وبه نأخذ .

١١٦٥٦ - في "العيون" : رجل دفع ثوبين إلى رجل ، وقال : أيهما شئت فهو لك ، والآخر لابنك فلان ، هذا على وجهين : إما إن بين الذي له قبل أن يفترقا عن المجلس ، أو لم يبين ، ففي الوجه الأول جاز ؛ لأن ارتفاع الجهالة في آخر المجلس كارتفاعها في أول المجلس ، وفي الوجه الثاني لا يجوز ؛ لأن الجهالة لم ترتفع ، وعلى هذا لو وهب من آخر غلامًا على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام ، إن اختار الهبة قبل أن يفترق جازت الهبة ، وإن لم يختر حتى تفرقا لم يجز .

١١٦٥٧ - في "فتاوى سمرقند" : رجل أقر أنه وهب من فلان عبدًا ، كان هذا إقرارًا بهبة صحيحة ؛ لأن الصحة أصل ، ويكون إقرارًا بقبض الموهوب له ؛ لأن قبض الموهوب له بمنزلة الركن ، والإقرار بالعقد إقرار بالركن .

١١٦٥٨ - وذكر في "العيون" : أن من قال لآخر : وهبت لي ألف درهم ، ثم قال بعد ما سكت ، لم أقبضها ، فالقول قوله ؛ لأن الهبة تتم بدون القبض ، والإقرار بالهبة لا يكون إقرارًا بالقبض ، وهذا الذي ذكر في "العيون" [أشبه بالفقه] وأقرب إلى ما ذكر في إجارات "الجامع" .

١١٦٥٩ - في "فتاوى سمرقنديان" : عبد بين رجلين ، وهب أحدهما شيئًا لهذا العبد ، فهذا على وجهين : إن كان الموهوب شيئًا يحتمل القسمة [لا يصح الهبة أصلاً ، ثم لم يصح في نصيب الواهب ، حصل في نصيب غير الواهب مشاع يحتمل القسمة][1] .

وفي الوجه الثاني يصح في نصيب صاحبه ؛ لأنه حصل مشاعًا لا يحتمل القسمة .

اشترى من آخر دارًا ، أو وهبها من غيره ، لم يجز في قول أبي يوسف ، وعند محمد : يجوز ، فرق محمد بين الهبة وبين الإجارة والبيع .

في "القدوري" في كتاب البيوع في "الأصل" : إذا وهب جاريتين ، فولدت إحداهما ، معرضة الولد عنهما ، ثم يكن له أن يرجع في واحدة منهما ؛ لأنه عوض ملك نفسه ، ولم يرد عليه الهبة أصلاً .

وفيه وهب لمكاتب هبة ، ثم أراد أن يرجع فيها ، فله ذلك .

وفيه نوع إشكال ؛ لأن المكاتب فقير ، والهبة من الفقير صدقة لا رجوع فيه ، والجواب أن المكاتب فقير ملكًا ، أما غني يدًا ، والهبة لا يخلو عن قصد العوض المالي ، إما بمنافعه ، أو كسبه ، كالهبة من العبد ، فإذا لم يحصل له العوض ، كان له الرجوع . فإن عجز المكاتب ، أو

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من النسختين : ب و م .

عتق، فله أن يرجع فيها، إذا عتق، ولا يرجع فيه إلا إذا عجز، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف: له أن يرجع في الوجهين جميعًا.

١١٦٦٠- قال في "الأصل" أيضًا: أعتق ما في بطن جاريته، ثم وهب الجارية من رجل، وسلمها إليه، جازت الهبة في الأم، ولو باعها لم يجز، قال في الكتاب: ألا ترى لو باع جارية حاملة، واستثنى ما في بطنها، لم يجز البيع، ولو وهبها، واستثنى ما في بطنها، جازت الهبة في الأمة والولد، وجه الاستشهاد أن الولد في مسألتنا صار مستثنى عن البيع والهبة شرعًا، فيصير كما كان مستثنى، واستثناء الولد شرطًا يبطل البيع، ولا يبطل الهبة، فكذا استثناؤه شرعًا.

١١٦٦١- إذا أودع الرجل رجلا شيئًا من الأشياء، ثم لقيه، فوهبه له، وليس الشيء بحضرتهما، فالهبة جائزة، إذا قال الموهوب له: قبلت، ولا يحتاج فيه إلى قبض جديد، وكذلك هذا في العارية والإجارة، فقد اعتبر قبض الوديعة نائبًا عن قبض الهبة، ولم يعتبره نائبًا عن قبض المشتري، والأصل فيه أن القبضين إذا تجانسا، ينوب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى، ولا ينوب الأدنى عن الأعلى، قلنا: وقبض الوديعة مع قبض الهبة تجانسا، لأن كل واحد منهما قبض أمانة، أما قبض الوديعة مع قبض الشراء تغايرا، لأن أحدهما قبض أمانة، والآخر قبض ضمان، وقبض العارية والإجارة كل واحد منهما قبض أمانة -انتهى-.

الفصل الثاني عشر
في الصدقة

١١٦٦٢ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل" : والصدقة بمنزلة الهبة في المشاع وغير المشاع في حاجتها إلى القبض ؛ لأنها تبرع كالهبة، قال: إلا أنه لا رجوع في الصدقة إذا تمت، فقد نفي الرجوع في الصدقة مطلقًا من غير فصل بين ما إذا كان المتصدق عليه غنيًا أو فقيرًا.

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه منهم من قال: ما ذكر من الجواب محمول على ما إذا كان المتصدق عليه فقيرًا، أما إذا كان غنيًا، فللمتصدق حق الرجوع ؛ لأن الصدقة على الغني هبة، كما أن الهبة من الفقير صدقة، ومنهم من سوى بين الفقير والغني، وظاهر الإطلاق في الكتاب يدل عليه، وذكر في "المنتقى" أنه لا رجوع في الصدقة، سواء كانت الصدقة على فقير أو غني، قال ثمة: والقياس في الصدقة على الغني الرجوع استحسانًا، وقلنا بأنه لا رجوع ؛ لأن التنصيص على الصدقة دليل على أن غرضه الثواب، قال عليه الصلاة والسلام : «الصدقة ما يبتغى به وجه الله تعالى»[1]، والصدقة على الغني قد تكون سببًا للثواب، بأن كان له نصاب وعياله لا يكفيه، فيكون في الصدقة عليه ثوابًا، أما إذا وهب للفقير شيئًا، فلا رجوع فيه استحسانًا، ذكر المسألة في "الأصل" مطلقًا، وذكر في بعضها إذا وهبها منه، وهو محتاج على وجه الصدقة، وذكر في بعضها إذا وهبها من الفقير، وهو عالم بحاله.

١١٦٦٣ - قال في "الأصل": وكذا إذا أعطى سائلاً، أو محتاجًا على وجه الحاجة، ولم ينص على الصدقة، فلا رجوع فيه استحسانًا.

١١٦٦٤ - في "المنتقى" : إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى رجل تصدق بصدقة على رجل، وسلمها إليه، ثم استقاله الصدقة، فأقاله لم يجز حتى يقبض ؛ لأنها هبة مستقلة، وكذلك الهبة إذا كانت لذي رحم محرم، وقال: كل شيء لا يفسخ القاضي إذا اختصما إليه، فأقاله الموهوب له، فهو مال للواهب وإن لم يقبض، ويجب أن يعلم بأن الصدقة لا تقبل الإقالة والفسخ، فيحمل إقالة الصدقة تمليكًا مبتدأ، وهبة مبتدأة؛ لأن في الإقالة معنى

---

(١) أخرجه الطيالسي في "مسنده" (١٣٣٦)، وذكره ابن حزم في "المحلى" (٩/ ١٣٠)، والحسيني في البيان والتعريف (١/ ٢٠٢)، والمزي في تهذيب الكمال (١٨/ ٤٠٠)، والمناوي في "فيض القدير" (٢/ ٣٦٣).

التمليك ، فيجعل إقالة الصدقة مجازاً عن معناها ، وهو تمليك ابتداءً عند تعذر العمل بالحقيقة ، والهبة ابتداء لا يتم من غير القبض ، وكذلك الرجوع في كل هبة لا يفسخها القاضي إذا اختصما فيها إليه ، فالعمل بحقيقة الإقالة ممكن ، فعملنا بحقيقتها ، وفي الإقالة لا حاجة إلى القبض ، كما في باب البيع ، فتعود العين إلى ملك الواهب بنفس الإقالة من غير أن يحتاج فيه إلى القبض .

١٦٦٦٥ - وفيه أيضاً : إذا تصدق بدار على امرأته ، وعلى ما في بطنها ، وهي حاملة ، لم يجز شيء من الصدقة ، قال : وليس ما في بطنها بمنزلة الريح ، والحائط ، والميت ، ومن لا يملك بوجه من الوجوه ، لتكون الصدقة كلها للمرأة ، وكذلك لو قال لها : تصدقت عليك ، وعلى [خادمي ، أو قال عليك] وعلى نفسي بهذه الدار لم يجز ، وكذلك لو قال : تصدقت عليك ، وعلى الرجال الذي في هذا البيت ، فإذا في البيت رجال أحياء ، إنما هما بمنزلة رجل قال : تصدقت بهذه الدار على من الصغار الثلاثة ، وهو يرى أنهم أحياء ، وكان بعضهم ميتاً يوم قال هذا القول ، وهو لا يعلم ، فالصدقة باطلة ، ولو قال هذا وهو يعلم بموت الميت منهم ، جازت الصدقة كلها للحي منهم ، أشار إلى أن الإيجاب إذا وقع لمن يملك ومن لا يملك بوجه من الوجوه ، كان الإيجاب بكماله لمن يملك ، وعند ذلك لا يتمكن الشيوع أصلاً ، فيجوز الإيجاب ، وإذا وقع الإيجاب لشخصين كل واحد منهما ممن يملك بوجه من الوجوه ، فالإيجاب يكون لهما ، وعند ذلك يتمكن الشيوع [1] من أحد الجانبين ، فيمتنع جواز الإيجاب على قول من يرى الشيوع من أحد الجانبين .

١٦٦٦٦ - إذا تصدق على رجل بصدقة ، وسلمها إليه ، ثم مات المتصدق عليه ، والمتصدق وارثه ، فورث تلك الصدقة ، فلا بأس بها ، كذا ذكر في هبة الأصل .

١٦٦٦٧ - وفيها أيضاً إذا قال : جعلت غلة داري هذه صدقة في المساكين : أو قال داري هذه صدقة في المساكين فما دام حياً يؤمر بالتصدق ، فإذا مات قبل تنفيذ الصدقة ، فالدار والغلة ميراث عنه ؛ لأن هذا منه نذر بالتصدق عرفاً ، ولو نذر بالتصدق صريحاً ، كان الجواب كما قلنا ، فههنا كذلك .

١٦٦٦٨ - وفيها أيضاً : إذا قال جميع مالي صدقة في المساكين ، فهذا على الأموال التي تجب فيها الزكاة ، وما لا زكاة فيه لا يدخل استحساناً ، وكذلك إذا قال : جميع ما أملك ، عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى ، وعند بعضهم يدخل جميع ما يملك قياساً واستحساناً

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من النسختين م و ب .

١١٦٦٩ - في "الحاوي": إذا قال: لله تعالى علي أن أتصدق بهذا الدرهم، فتصدق بغيره، أجزأه، وإن لم يتصدق حتى هلك في يده، فلا شيء عليه.

١١٦٧٠ - وفي "الفتاوى": قال الفقيه أبو بكر رحمه الله تعالى: إذا كان الرجل محتاجًا، فالإنفاق على نفسه أفضل من الصدقة، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: إذا كان يعلم أنه لو أنفق يصبر على الشدة، فالإنفاق على غيره أفضل، وبه أيضًا لا بأس بالتصدق على المتكلفين الذين يسألون الناس إلحافًا ويأكلون، ما لم يظهر للمتصدق، وأن من يتصدق عليه، ينفق في المعصية.

وعن الحسن البصري رحمه الله تعالى فيمن يخرج كسرة إلى مسكين، ولم يجده، قال: يضعها حتى يجيء آخر، فإن أكلها أطعم مثلها، وقال إبراهيم النخعي مثله، وقال عامر الشعبي: هو بالخيار، إن شاء قضاها، وإن شاء لم يقضها، لا تجوز الصدقة إلا بالقبض.

وقال مجاهد: من أخرج صدقة، فهو بالخيار، إن شاء أمضى، وإن شاء لم يمضه، وعن عطاء مثله، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وهو المأخوذ.

تم كتاب الهبة والصدقة من "المحيط" -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلا

الفصل الأول: فيما يرجع إلى انعقاد البيع

الفصل الثاني: في الاختلاف الواقع بين الإيجاب والقبول، وفي المزايدات التي تقع من جهة قبول المشتري

الفصل الثالث: في رؤية المبيع وإثبات البائع وقبضه وفي تعيين أحد المتعاقدين في التسليم قبل القبض، وفيما يلزم المتعاقدين من المؤنة في تسليم المبيع وفي تسليم الثمن.

الفصل الرابع: في المسائل التي تتعلق بالثمن

الفصل الخامس: فيما لا يدخل تحت البيع من غير ذكر صريحًا، وفيما يدخل تحت البيع من غير [ال]ذكر

الفصل السادس: فيما يجوز بيعه وما لا يجوز

الفصل السابع: في الشروط التي تفسد البيع والتي لا تفسده.

الفصل الثامن: في بيان أحكام الشراء الفاسد والتصرف في المملوك بالعقد الفاسد.

الفصل التاسع: في شراء الفضولي وبيعه، وبيع أحد الشريكين في شيء كله أو بعضه، وما يكون إجازة في ذلك وما لا يكون، وفي اجتماع الفضوليين على التصرف في محل واحد، ويدخل فيه بعض مسائل بيع المرهون.

الفصل العاشر: في الاختلاف الواقع بين البائع والمشتري

الفصل الحادي عشر: في الزيادة في الثمن والمثمن، والازدياد منه، وفي حط والإبراء من الثمن، وفي هبة الثمن من المشتري.

الفصل الثاني عشر: في البيع بشرط الخيار.

الفصل الثالث عشر: في خيار الرؤية.

الفصل الرابع عشر: في العيوب.

-----

(١) ما بين المعقوفين ... من الأصل ...

الفصل الخامس عشر: في بيع المرابحة والتولية والوضيعة.

الفصل السادس عشر: في الاستحقاق وبيان حكمه

الفصل السابع عشر: في الاعتبار.

الفصل الثامن عشر: في بيع الأب والوصي والقاضي مال الصغير، وشرائهم له.

الفصل التاسع عشر: في كراهية التفريق بين الرقيق

الفصل العشرون: في الإقالة.

الفصل الحادي والعشرون: في الدعاوى والشهادة في البيع

الفصل الثاني والعشرون: في السلم.

الفصل الثالث والعشرون: في القرض

الفصل الرابع والعشرون: في الاستصناع.

الفصل الخامس والعشرون: في البياعات المكروهة، والأرباح الفاسدة، وما جاء فيها من الرخصة.

الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات.

الفصل الأول
فيما يرجع إلى انعقاد البيع

١١٦٧١- قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : كل لفظين ينبئان عن التمليك والتملك على صيغة الماضي والحال، ينعقد بهما البيع ، وذلك نحو أن يقول أحدهما : بعت ، ويقول الآخر : اشتريت ، أو [قبلت ، وكذلك كل لفظين يؤديان معناهما ، ولو قال البائع : أبيعك ، فقال المشتري : اشتريت ، أو](1) قال المشتري : بعني ، فقال : بعت ، لا ينعقد البيع بينهما ، وفرق بين البيع والنكاح ، فإن الرجل إذا قال للمرأة : تزوجيني ، فقالت : تزوجت ، ينعقد النكاح ، والفرق قد عرف في موضعه .

١١٦٧٢- ولو قال لغيره : بعت منك هذا العبد بكذا ، فقال المشتري : اشتريت ، ولم يسمع كلام المشتري ، لا ينعقد البيع بينهما ، فسماع المتعاقدين كلامهما في البيع شرط انعقاد البيع بالإجماع ، فإن سمع أهل المجلس كلام المشتري ، والبائع يقول : لا يسمع ، ولا وقر في أذنه ، لا يصدق البائع ؛ لأن الظاهر يكذبه .

وإذا قال لغيره : بعت منك هذا العبد ، فقال المشتري : أجزت ، ينعقد البيع بينهما ، ذكره في "الأمالي" .

١١٦٧٣- وإذا قال لغيره : أقلتك هذا العبد ، وقال الآخر : قبلت ، قال الفقيه أبو بكر : يكون بيعًا ، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى : لا يكون بيعًا ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث .

١١٦٧٤- وذكر بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل قال لغيره : عبدي هذا [لك] بألف إن أعجبك ، فقال : أعجبني ، فهذا بيع ، وكذلك إذا قال لغيره : إن وافقك ، فقال : وافقني ، وكذلك إذا قال : إن أردت ، إن هويت ، فقال : أردت ، هويت ، فهذا كله بيع في الجواب ، وأما في الابتداء ، فلا يلزمه .

١١٦٧٥- إذا قال لآخر : إن أديت إلي كذا كذا درهمًا ثمن هذا الثوب ، فقد بعته منك ، فأدى الثمن في المجلس ، يكون ذلك بيعًا صحيحًا استحسانًا ، ذكره في "السير" ، وكذلك إذا قال : فروختم جون بها بمن رسد ، فأعطاه الثمن في المجلس ، فهذا بيع صحيح استحسانًا .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

١١٦٧٦ - وفي " النوازل " : إذا قال لآخر : بعت منك عبدي هذا بألف درهم ، فقال المشتري : قد فعلت ، فهذا بيع ؛ لأن هذا تحقيق ، ولو قال : نعم ، لا يكون بيعًا ، ففرق بين قوله : فعلت ، وبين قوله : نعم ، واستشهد ، فقال : ألا يرى أن من قال لامرأته : اختاري نفسك ، فقالت : قد فعلت ، فهذا اختيار ، وإن قالت : نعم ، فهذا ليس باختيار .

وذكر في " فتاوى أهل سمرقند " : من قال لغيره : اشتريت عبدك هذا بألف درهم ، فقال البائع : قد فعلت ، أو قال : نعم ، أو قال : هات الثمن ، صح البيع بينهما ؛ لأن هذا جواب ، وسوى بين قوله " فعلت وبين قوله : نعم ، فكان فيه قولان ، والأصح أنه ينعقد البيع .

١١٦٧٧ - وإذا قال لغيره " بالفارسية " اين خانه را[1] خريدي از من بهچندين ، فقال : خريدم ، ولم يقل المخاطب بعد ذلك فروختم ، حكى الإمام الأجل ظهير الدين عن عمه شمس الإسلام الأوزجندي ، وأستاذه الإمام شمس الأئمة السرخسي أنه ينعقد البيع ؛ لأن قوله : فروختم مضمر في قول البائع معناه خريدى كه فروختم .

وإذا قال : بعت فلانًا الغائب ، فحضر في المجلس فلان ، وقال : اشتريت يصح .

١١٦٧٨ - وإذا قال لغيره . بعتك هذا العبد بألف درهم ، فقبضه المشتري ، ولم يقل شيئًا ، ينعقد البيع بينهما ، ذكره شيخ الإسلام في بيوعه في باب جناية المبيع ، وإذا قال لغيره [لك] هذا الطعام بدرهم لي عليك ، وأكل كان هذا بيعًا ، وكان ما أكل حلالا له ، ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الاستحسان

١١٦٧٩ - وفي " فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى " : إذا قال الرجل لغيره : بعتك عبدي هذا بألف درهم ، فقال المشتري . اشتريت منك بألفي درهم ، فالبيع جائز ، فإن قبل الزيادة في المجلس ، تم البيع بألفي درهم ؛ لأنه أمكن تصحيحه ، بأن يجعل كأن المشتري قال : قبلت البيع بألف درهم ، وزدتك ألفا أخرى .

١١٦٨٠ - وفي " فتاوى أهل سمرقند " : رجل قال لغيره " اشتريت منك هذا بألفين ، فقال ذلك الغير : بعته منك بألف ، فهذا جائز ، ويجعل كأن البائع قال : بعته منك بألفين ، وحططت منك ألفا .

١١٦٨١ - وإذا قال لغيره : جعلت لك عبدي هذا بألف درهم ، وقال ذلك الغير : قبلت ، هل ينعقد البيع بينهما ، اختلف المشايخ فيه ، قد ذكر محمد رحمه الله تعالى في الجامع " مسألة تدل على أنه ينعقد ، وصورتها : رجل مات ، وترك عبدًا قيمته ألف درهم لا

(١) وكان في الأصل : اين خانه را را خريدي .

مال له غيره، وعليه لرجل ألف درهم دين، فأعطى القاضي العبد الغريم بدينه، وقال: هذا العبد بيع لك بدينك [أو قال: جعلته لك بدينك] وبقي على المشتري أحكام البيع. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: وهذا هو الصحيح؛ لأنهما أتيا بمعنى البيع، وإن لم يأتيا بلفظ البيع، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ.

١١٦٨٢ - وهذه المسألة أيضاً دليل على أن من قال لغيره: هذا [العبد] بيع لك بدينك، فقبل ذلك الغير، إنه ينعقد البيع بينهما.

١١٦٨٣ - وفي طلاق النوازل: إذا قال لغيره: هذا العبد عنك بألف درهم، فقال الآخر: قبلت، يكون بيعاً، قال: ألا ترى أنه لو قال لامرأته: ثلاث تطليقات عليك، إنه يقع الثلاث عليها.

١١٦٨٤ - وإذا قال لغيره بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع: بعت هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت، يصح، وإن لم يكن البائع قال: بعت منك.

١١٦٨٥ - وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا قال الرجل لغيره: بعت هذا الثوب مني، فقال ذلك الغير: بعت، فقال المشتري: لا أريده، فله ذلك؛ لأن البيع لم يتم بعد، ومثله لو قال المشتري: اشتريت منك هذا العبد، فقال البائع: بعت، فقال المشتري: لا أريده، فليس له ذلك؛ لأن الشراء قد تم بينهما قبل قول المشتري: لا أريده.

١١٦٨٦ - إذا قال لغيره: اشتريت منك طعامك هذا بألف درهم، فتصدق به على المساكين، ففعل، ولم يتكلم جاز؛ لأن هذا دلالة القبول.

وفي فتاوى أهل بلخ: سئل أبو الليث الكبير عمن قال لآخر: بكم هذا الوقر من الحطب؟ فقال: بدرهم، فقال: سق الحمار، قال: لا يكون بيعاً ما لم يسلم الحطب، وينقد منه الثمن، وقد قيل: لو قال قائل: إن هذا بيع [لا يبعد](1)؛ لأن قوله: سق الحمار رغبة بالبيع، فإذا ساقه البائع، فقد ساعده على تلك الرغبة، فظهر تراضيهما بالبيع.

١١٦٨٧ - وسئل أبو الليث الكبير(2) رحمه الله تعالى عمن قال لآخر: خذ هذا الثوب بعشرة، فقال: أخذت، ثم قال البائع: لا أعطيك، ليس له ذلك، وكذلك المشتري ليس له أن يمتنع بعد قوله: أخذت.

١١٦٨٨ - وقال خلف: سألت أسداً عمن قال في السوق: من عنده ثوب هروي

---

(١) هكذا في ب و م، وكان في الأصل: لا يبعد.

(٢) وفي ب و م: أبو زيد الكبير.

بعشرة، فقال له رجل: أنا، فأعطه، فقال هذا ليس ببيع، إلا أن يقول حين أخذه: أخذته بعشرة، فاذهب، وانظر إليه، وسألت الحسن عن هذا، فقال: البيع جائز، ولكل واحد منهما حق نقض هذا البيع.

وإذا قال [الرجل] لغيره: بعتك عبدي هذا بألف درهم، فقال ذلك الغير: هو حر، ذكر شيخ الإسلام والصدر الشهيد في دعوى الجامع: أن هذا جواب، ويعتق العبد.

وذكر في "العيون": أنه ليس بجواب، ولا يعتق العبد، ولو قال: فهو حر، فهو جواب، وعتق العبد، وعليه ألف درهم.

وروى ابن سماعة في "نوادره": عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه كما ذكر في "العيون".

١١٦٨٩- وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى في رجل قال لغيره: بعني غلامك هذا بألف درهم فقال: بعت، فقال المشتري: هو حر، قال: قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: قوله هو حر قبض منه له، وعتق عليه، قال إبراهيم: وقال محمد: لا يعتق، ولا يكون قابضًا بالعتق.

١١٦٩٠- وفي "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لآخر: بعتك هذا العبد، فقال الآخر: هو حر، أو قال: مدبر، فذلك سواء في قولي، وليس هذا ببيع حتى يأخذه، ثم يعتقه، قال وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه، إذا قال: هو حر، يعتق عليه.

١١٦٩١- وفي "فتاوى الأصل": إذا قال لغيره: بعت منك عبدي هذا بألف درهم، ووهبت الألف منك، فقال المشتري: اشتريته، صح البيع، ولا تجوز البراءة؛ لأن الثمن لم يجب بعد.

وفي "مجموع النوازل": أن البيع لا يصح في هذه الصورة؛ لأن هذا في معنى البيع بلا ثمن.

١١٦٩٢- وفي "الفتاوى": سئل أبو القاسم عمن ابتاع من آخر ثوبًا بستة، فقال رب الثوب بالفارسية: از ده درهم كم نكنم؟ بستديدى اين را، فقال المشتري: رضيت، لا يجب به البيع حتى لو امتنع البائع عن تسليمه لا يجبر عليه إذ ليس في هذه اللفظة ما ينبئ عن إيجاب البيع.

١١٦٩٣- وفي "فتاوى أهل سمرقند": رجل جاء إلى قصاب، وقال: كم تعطيني من هذا اللحم بدرهم؟ فقال: منوين، فقال الرجل: زن منوين، فوزن القصاب، ودفعه إلى

الرجل، وأخذ الدرهم، ولم يقل القصاب: بعت، ولا قال المشتري: اشتريت، وتفرقا عن ذلك، فهو بيع جائز، ويعتقد[١] بذلك الوزن؛ لأنه يثبت البيع بينهما مقتضى الوزن سابقًا عليه، فيكون الوزن بعد البيع، فيعتد به.

١١٦٩٤ - رجل قال لآخر: من اين اسب خود را باسب تو عوض كردم، وقال الآخر: وأنا فعلت أيضًا، فهذا بيع، هكذا حكي فتوى شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله تعالى.

١١٦٩٥ - رجل قال لآخر: بعت هذا العبد من فلان، فبلغه، فبلغه الرسول، وقال المشتري: اشتريت، فهو بيع، ولو لم يقل: فبلغه، فبلغه، وقال المشتري: اشتريت، لا يصح؛ لأن شطر البيع لا يتوقف على ما وراء المجلس، ولو قال: بعته منه، فبلغه يا فلان، فبلغه رجل آخر جاز؛ لأنه حين قال: فبلغه، فقد ظهر من نفسه الرضا بالتبليغ، وكل من بلغه كان التبليغ مرضيًا به، فلذلك صح البيع، وهذا شيء يحفظ جدًا.

١١٦٩٦ - وإذا قال لآخر: بعت منك هذا العبد بكذا، فقال الآخر لرجل آخر: قل: اشتريت، فقال الرجل: اشتريت، ينظر إن أخرج الآمر الكلام مخرج الرسالة، صح الشراء، وإن أخرج [الكلام] مخرج الوكالة لا يصح.

١١٦٩٧ - وفي مجموع النوازل: رجل له على آخر دين، وطالبه، فجاء المطلوب بشعير قدرًا معلومًا، وقال للطالب: خذه بسعر البلد، قال: إن كان سعر البلد [معلومًا] وهما يعلمان ذلك، كان بيعًا تامًا، وإذا لم يكن سعر البلد معلومًا، أو كان معلومًا إلا أنهما لا يعلمان ذلك، لا يكون بيعًا.

١١٦٩٨ - رجل قال لآخر: بعتك هذا العبد، ثم قام أحدهما عن المجلس: إما البائع أو المشتري، ثم قبل الآخر، لا يصح قبوله، هذا هو المذكور في عامة المواضع.

وذكر شيخ الإسلام في الباب الثاني من شرح الجامع: أنه إذا قال وهو قاعد، ثم قام البائع، إلا أنه لم يذهب عن ذلك المكان حتى قبل المشتري قبوله، وهكذا كتب في هذا الباب أيضًا.

١١٦٩٩ - ولو كانا يمشيان، فقال أحدهما: بعت، وقال الآخر بعد ما مشى خطوة أو خطوتين: قبلت، رأيت في موضع من المواضع، أنه لا يجوز في ظاهر الرواية، وفي رواية: يجوز، ورأيت مكتوبًا على ظاهر الجزء الثاني من شرح البيوع شرحه الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي: أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد، فمضيا مكانًا، ثم قبل

---

(١) وفي النسخة م: يعقد، وهو الأوجه.

المشتري، وفي انعقاد هذا البيع وصحته اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى.

١١٧٠٠ - وسئل نصر بن يحيى عمن قال لآخر: بعت منك هذا العبد، وهو يريد المشتري، تقدم من مكانه، ثم قال: اشتريته، كان بيعاً تاماً، وكذا لو أكل لقمة، ثم قال: اشتريت، ولو كان المشتري في الدار، فخرج، ثم قال: اشتريت، لا ينعقد البيع بينهما؛ لأن المجلس قد تبدل.

قال لآخر: اشتريت منك هذا الثوب بكذا، فاقطعه قميصاً، فقطعه، فهذا بيع بينهما.

١١٧٠١ - في فتاوى شمس الأئمة السرخسي: وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل قال لغيره: أبعتني عبدك؟ بألف الاستفهام، فقال: نعم قد أخذته، فهذا بيع لازم، وإن كان قد تقدم بالأمس ذكر ثمنه، ثم لقيه اليوم، فقال: أليس قد بعتني عبدك هذا بألف درهم، فقال: نعم[1]، أو قال: بلى، فقال: قد أخذته، فهو باطل؛ لأن هذا على ما كان أمس، وإن تقاولا البيع أمس، فهذا اليوم جائز.

١١٧٠٢ - ولو كان [قد] قال له أمس: بعت عبدي هذا بألف درهم، فإذا لم تجئني اليوم بالثمن فلا بيع بيني وبينك، فقبل المشتري ذلك، ثم لم يجئ بالثمن اليوم، ولقي البائع من الغد، وقال له: قد بعتني عبدك بألف درهم، فقال: نعم، فقال المشتري: قد أخذته، فهذا شراء مستأنف، ولا أبطله بما كان منه أمس؛ لأن ذلك البيع قد انتقض حين لم يأته بالثمن أمس. قال: ولا يشبه هذا الشراء الفاسد.

١١٧٠٣ - رجل قال لآخر: بعت منك هذا العبد بألف درهم، فقال المشتري: اشتريت، وقال البائع: رجعت، وخرج قول البائع: رجعت مع قول المشتري: اشتريت معاً، لا يصح البيع؛ لأنه قارن البيع ما يمنع صحته، وهو رجوع البائع.

١١٧٠٤ - كتب الرجل إلى الرجل: بع عبدك فلاناً مني بكذا، فكتب المكتوب إليه: بعت منك عبدي هذا، فهذا ليس ببيع، ولو كتب الأول: اشتريت عبدك فلاناً بكذا، فكتب إليه المكتوب إليه: قد بعت، فهذا بيع. والفرق أن البيع لا بد له من الركنين، ففي الفصل الأول لم يوجد أحد الركنين، وفي الفصل الثاني وجد الركنان.

١١٧٠٥ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رجل قال لغيره: بعت منك هذا الثوب بعشرة، والمشتري قال: أخذته بتسعة، وتقابضا، قال: هو بتسعة؛ لأنه ينظر إلى آخرهما كلاماً، فيحكم بذلك.

---

(١) ليس في النسخة م، وفيها: فقال: نعم.

١١٧٠٦- وفي "العيون": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل ساوم رجلا، فقال البائع: أبيعه بخمسة عشر، وقال المشتري: لا آخذه إلا بعشرة، فإن كان الثوب في يد المشتري حين ساومه، فهو بخمسة عشر؛ لأن المشتري رضي بخمسة عشر لما ذهب به، وإن كان الثوب في يد البائع وقت المساومة، فدفعه إلى المشتري، ولم يقل البائع شيئًا آخر، فهو بعشرة؛ لأن البائع رضي بعشرة لما دفع الثوب إلى المشتري.

١١٧٠٧- وعنه أيضًا: رجل ساوم رجلا بثوب، فأخذه على المساومة، أو دفعه إليه، وهو يساومه، وقال: هو بعشرة، فذهب به المشتري، قال: هو على الثمن الذي قاله البائع أبدًا حتى يرد عليه. معنى قوله: "حتى يرد عليه" أن يقول المشتري: لا آخذ إلا بتسعة، لا أرضى إلا بتسعة.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل أخذ ثوبًا من رجل، فقال البائع: بعشرين، وقال المشتري: لا أزيدك على عشرة، فذهب بالثوب، وضاع، فهو بعشرين.

١١٧٠٨- وفي "الواقعات": رجل قال لآخر: بكم هذا الثوب، فقال: بعشرين، فقال المشتري: لا أريده بعشرين، فذهب، ثم جاء وأخذ الثوب، فذهب به، فهو بعشرين؛ لأنه رضي به، وإذا أخذ من رجل ثوبًا، وقال: اذهب به، فإن رضيته اشتريته، فذهب به، وضاع الثوب، فلا شيء عليه، ولو قال: إن رضيته أخذته بعشرة، فضاع، فهو ضامن قيمته بناء على أن المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضمونًا إذا كان الثمن مسمى.

١١٧٠٩- عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل ساوم رجلا بثوب، فقال صاحب الثوب: هو بعشرة، فقال المساوم: هاته حتى أنظر إليه، فدفعه إليه على ذلك، فضاع، لا يلزمه شيء على فقال: لأنه أخذ حتى النظر، أشار إلى أنه ليس بمقبوض على سوم الشراء، وإن أخذه على غير النظر، ثم قال: أنظر إليه، فضاع، لم يخرجه قوله: "أنظر إليه" على الضمان، وهو على ما أخذه عليه أول مرة، وهكذا روي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أيضًا.

١١٧١٠- وصورة ما روي عنه: رجل قال لغيره: هذا الثوب لك بعشرة، فقال ذلك الرجل: هاته حتى أنظر إليه، أو قال: حتى أراه، فأخذه على هذا، وضاع منه، فلا شيء عليه، ولو قال: هاته، فإن رضيته أخذته، فضاع، فهو على ذلك الثمن.

رجل قال لغيره: إن الناس يشترون كرمك هذا بألفي درهم، فلم لا تبيعه؟ فقال له صاحب الكرم: بعته منك بألف درهم، فقال المشتري: اشتريته بها، صح البيع إن لم يكن على

طريق الهزل، وإن اختلفا، فالقول قول البائع: إنه أراد به الهزل، فلا يكون قوله بعد بالقبول رد الكلام ذلك الرجل، فإن نقد المشتري بعد ذلك شيئاً من الثمن وأخذه، ثم ادعى الهزل، لا يسمع دعواه بعد ذلك، لأن قبض الثمن علامة الجد.

١١٧٦١ - وينعقد البيع بلفظ السلم بالاتفاق، وفي العتابية: السلم بلفظ البيع روايتان، وسيأتي بيان ذلك في موضعه.

١١٧٦٢ - وينعقد التعاطي بدون لفظ الإيجاب والقبول، على هذا اتفقت الروايات، والأصل فيه عرف الناس وعاداتهم، وصورة ذلك ما مر قبل هذا.

رجل قال لقصاب: كم تعطيني من هذا اللحم بدرهم؟ فقال: منوين، فقال الرجل: زن منوين، فوزنه، ودفع إلى الرجل، ودفع الرجل درهماً إلى القصاب، وذهب باللحم، فهذا بيع، وإن لم يلفظا بلفظ البيع والشراء.

وذكر في النوازل: رجل وضع فلساً عند بقال وأخذ به شيئاً، ولم يتكلما شيئاً، فهذا بيع.

١١٧٦٣ - ثم اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيما بينهم، بعضهم قالوا: إنما ينعقد البيع بالتعاطي في الأشياء الخسيسة نحو البقل والرمانة والخبز وأشباه ذلك، هكذا ذكر الكرخي في كتابه، وعامتهم على أنه ينعقد في جميع الأشياء الخسيسة والنفيسة في ذلك سواء[1]، وفي الكتب مسائل تدل على هذا القول، وهو الصحيح.

١١٧٦٤ - وشرط بعض المشايخ رحمهم الله تعالى أن الشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين، أو الإعطاء من أحد الجانبين يكفي؟ وأشار محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفي، وفي مسائل الوكيل من الجامع ما يدل على أنه يشترط الإعطاء من الجانبين، والأخرى تدل على أن الإعطاء من أحد الجانبين[2] يكفي، وهذه مسائل يأتي في موضعها، ويأتي في فصل الإقالة أيضاً أن الشرط هو الإعطاء من الجانبين، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يشترط الإعطاء من الجانبين، وكان يقول: إذا وجد قبض البدلين في المجلس ينعقد البيع بالتعاطي، وما لا فلا، وبعض مشايخنا اكتفوا بالإعطاء من أحد الجانبين، وهذا قائل يشترط بيان الثمن لانعقاد هذا البيع بتسليم المبيع، وهكذا حكي فتوى الشيخ الإمام أبي الفضل الكرماني رحمه الله تعالى.

(١) في م: [illegible] سواء.

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

١١٧١٥ - وفي "المنتقى": رجل ساوم رجلاً بشيء أراد شراءه منه، ولم يكن معه وعاء يأخذه فيه، ثم تاركه، ثم جاء بالوعاء بعد ذلك، وأعطاه الدراهم، فهذا جائز، فقد [حكم بجواز] البيع بإعطاء الدراهم، فهذا يدل على انعقاد البيع بالتعاطي من أحد الجانبين.

١١٧١٦ - وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل قال لغيره: كيف تبيع الحنطة؟ فقال: كل قفيز بدرهم، فقال: كل لي خمسة أقفزة، فكال، فذهب بها، قال: هذا بيع، وعليه خمسة دراهم، وهذه المسألة دليل على انعقاد البيع بالإعطاء من أحد الجانبين أيضاً.

١١٧١٧ - وفي "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال للقصاب: أن لي ما عندك من اللحم، أو قال: زن لي من هذا الجنب، أو من هذا الرجل على حساب ثلاثة أرطال بدرهم، فوزن له، فلا خيار له.

١١٧١٨ - وفي "المجرد": عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إذا قال للحام: كيف تبيع اللحم، فقال: كل ثلاثة أرطال بدرهم، فقال: قد أخذت منك، زن لي، ثم بدا للحم أن [لا] يزن، فله ذلك، وإن وزن، فقبل قبض المشتري كان لكل واحد الرجوع، فإن قبضه المشتري، أو جعله البائع في وعاء المشتري بأمره، تم البيع، وعليه درهم، وهذه المسألة دليل أيضاً على انعقاد البيع بالإعطاء من أحد الجانبين.

وفي "نوادر ابن رستم": عن محمد رحمه الله تعالى إذا قطع القصاب اللحم، ووزنه، والمشتري ينظر، ثم أبى أن يقبض، له ذلك حتى يقول: رضيت، أو يقبض.

١١٧١٩ - رجل اشترى وقر زعت من آخر بثمانية دراهم، ثم قال للبائع: ائت بوقر آخر بهذا الثمن، فلم ينه، فجاء البائع بوقر آخر، وألقى ذلك الموضع، فهذا بيع، وله أن يطالب الآمر بثمانية دراهم.

وعما يتصل بهذا الفصل معرفة المبيع والثمن:

لأن البيع لابد له من المبيع والثمن، قال "القدوري" في كتابه: ما يتعين بالعقد فهو مبيع، وما لا يتعين فهو ثمن، إلا أن يقع عليه لفظ البيع، ثم قال: الدراهم والدنانير أثمان أبداً؛ لأنها في الأصل خلقت ثمن الأشياء وقيمتها، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾[1] فسر الثمن[2] بالدراهم، وقال الفراء في كتابه: الثمن ما يكون ديناً في الذمة،

---

(١) سورة يوسف: الآية ١٩.

(٢) وفي "ف": عين.

والدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات عند أصحابنا، وإنما ينعقد على مثلها ديناً في الذمة، فجعلوا الدراهم والدنانير أثماناً لهذا.

١١٧٢٠ - والأعيان التي ليست من ذوات الأمثال مبيعة أبداً.

والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة بين مبيع وثمن، فإن كانت المكيلات والموزونات معينة، فهي مبيعة وثمن؛ لأن البيع لا بد له من مبيع وثمن، وليس لأحدهما [أن يجعل] مبيعاً بأولى من الآخر؛ لأن المكيل والموزون يتعينان في المبايعات، كالعروض، فجعلنا كل واحد منهما مبيعاً من وجه، ثمناً من وجه، وإن كانت المكيلات والموزونات غير معينة، فإن استعملت استعمال الأثمان، فهي ثمن، نحو أن يقول: اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة [ويصف ذلك، وإن استعملت استعمال المبيع، كانت مبيعاً، بأن قال: اشتريت منك كذا وكذا حنطة][١] بهذا العبد، فلا يصح العقد إلا بطريق السلم.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح شهادات "الجامع": أن المكيل أو الموزون إذا لم يكن معيناً، فهو ثمن، دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل؛ لأن المكيل والموزون من ذوات الأمثال، حتى يضمنان بالمثل في الإتلاف، فصار نظير الدراهم والدنانير، والدراهم والدنانير أثمان دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل، وكذا المكيل والموزون، والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في أنها لا تتعين بالتعيين، وكان أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى يقول: الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود، ولا يتعينان في التسليم، ويستدل بمسألة ذكرها محمد رحمه الله تعالى في "الجامع".

١١٧٢١ - وصورتها: إذا قال الرجل: إن بعت هذا العبد بهذا الكر وبهذا الألف فهما في المساكين صدقة، فباع العبد بهما، لزمه التصدق بالكر دون الألف، ولو لم تتعين الدراهم في العقد لما وجب التصدق بشيء؛ لأن شرط وجوب التصدق البيع بالكر المعين والدراهم المعينة، فإذا كانت الدراهم لا تتعين في العقود، كان البيع واقعاً بكر معين وبدراهم في الذمة، وكان الموجود نصف الشرط، وبوجود نصف الشرط لا ينزل الجزاء، والجواب عن هذا الإشكال، وهو وجه تخريج هذه المسألة أن شرط وجوب التصدق وجود البيع مضافاً إلى الكر وإلى الدراهم، وتسميتها في البيع، فأما تعين الدراهم فليس من الشرط في شيء؛ لأنه ليس من صنيع العبد، فصار في التقدير كأنه قال: إن بعت هذا العبد بيعاً مضافاً إلى هذا الكر، وإلى هذا الألف، فهما في المساكين صدقة، فإذا أضاف البيع إليهما، سماهما في البيع، فقد

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتنا هذه العبارة من ط و ز و م

وجد شرط وجوب التصدق، فيلزمه التصدق.

١١٧٢٢ - وإذا عرفت المبيع والثمن، فنقول: من حكم المبيع إذا كان منقولاً أن لا يجوز بيعه قبل القبض، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ، ولأنه تمكن في هذا العقد غرر، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع فيه غرر[1]. بيانه أن المشتري الأول، لو قبض المبيع بعدما باع يتم البيع الأول، ويصير بائعاً ملك نفسه؛ ومتى لم يقبض حتى هلك في يد البائع الأول [ينفسخ] البيع الأول، ويعود المبيع إلى قديم ملك البائع الأول، فيصير المشتري الأول بائعاً ملك الغير، فإذا كان لا يدري أنه يقبضه أو لا يقبضه، لا يدري أنه يكون بائعاً ملكه، فيصح أن يكون بائعاً ملك غيره، فلا يصح، فتمكن فيه غرر من هذا الوجه.

وكل جواب عرفته في المشتري، فهو الجواب في الأجرة إذا كانت الأجرة عيناً، وقد شرط تعجيلها، لا يجوز بيعها قبل القبض.

وكذلك بدل الصلح عن الدين إذا كان عيناً لا يجوز بيعه قبل القبض؛ لأن النص وإن ورد في البيع، ولكن لمعنى الغرر، وكل عين ملك بعقد، وينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض، فيكون فيه غرر، فيكون النص وارداً فيه دلالة.

١١٧٢٣ - أما المهر وبدل [الخلع، وبدل الصلح] عن دم العمد[2] إذا كان عيناً [فبيعها] جائز قبل القبض؛ لأن وهم الغرر بانفساخ العقد في هذه الأشياء منتف، فلا يكون النص وارداً في هذه الأشياء، والمطلق للتصرف موجود، وهو الملك، فجاز بيع هذه الأشياء قبل القبض، وما لا يجوز بيعه قبل القبض، فكذلك لا يجوز إجارته؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، فيعتبر بيع العين، فما لا يجوز بيعه قبل القبض، لا تجوز إجارته.

ولو تصدق بالمنقول المشتري قبل القبض، وبما هو في معنى [المشتري، نحو الأجرة] وبدل الصلح عن دعوى العين، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز، و [على قول محمد يجوز] وعلى هذا إذا وهبه فأبو يوسف اعتبر معنى الغرر على نحو ما بينا في البيع وأشباه ذلك، ومحمد يقول: [تمام] هذه التصرفات بالقبض، فكانت العبرة لحالة القبض، ولهذا كان للمبيع وقت القبض مانعاً جواز الهبة، ولم يكن وقت العقد مانعاً، فلنا المانع [زائل] وقت القبض، فيصح ويصير الموهوب له وغيره كما ذكرنا نائباً عنه في القبض، فيصير

---

(١) أخرجه المروزي في السنة (٣٠٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٥٠٩)، والبيهقي في الكبرى (٢١٤١٦)، وذكره صاحب عون المعبود (٩/٢٠١).

(٢) هكذا كان في الأصل، وفي النسخة «م»: العمد، وهو الصحيح.

قابضاً له أولاً، ثم يصير قابضاً لنفسه بخلاف البيع والإجارة؛ لأن ذلك مما يلزم بنفسه، وعند ذلك المانع قائم، والقرض والوصية على هذا الخلاف أيضاً.

هذا إذا تصرف المشتري [في المنقول المشترَى] قبل القبض مع أجنبي، فأما إذا تصرف فيه مع بائعه، فإن باعه [منه] لم يجز بيعه أصلاً قبل القبض، وإن وهبه له لاتصح هبته وتصح إقالته، والبيع لا يصح أصلاً، والفرق وهو أن لفظة الهبة تستعمل مقام لفظة الإقالة [يقول الرجل في دعائه: اللّهمّ هب لي ذنوبي، كما يقول: اللّهمّ أقلني عثرتي، فعند تعذر العمل بحقيقته تجعل مجازاً عن الإقالة، فأما لفظة البيع لا تستعمل مقام لفظة الإقالة] [١]، فكما تعذر العمل بحقيقة لفظ [البيع تعذر العمل بمجازها، وهو الإقالة.

١١٧٢٤- وفي "فتاوي الفضلي": اشترى داراً، ووهبها لغير البائع قبل] [٢] القبض وأمره بالقبض جاز بالاتفاق، فرق محمد رحمه الله تعالى بين الهبة والبيع، والفرق أن الهبة لا تتم إلا بالقبض، فمتى أمر المشتري الموهوب له بالقبض، صح الأمر؛ لأنه صادف ملكه، وصار الموهوب له وكيل المشتري في القبض، فصار قبضه كقبض المشتري، فصار هبته للحال، وهو ما بعد قبض الموهوب له، فتكون هبته بعد القبض، فأما تمام البيع فبالإيجاب والقبول، لا بالقبض، فلا يمكن أن يجعل بيعاً من الثاني للحال، وهو ما بعد قبضه ليكون بيعاً بعد القبض.

١١٧٢٥- وذكر الكرخي رحمه الله تعالى في "مختصره": إذا قال المشتري للبائع قبل القبض: بعه لنفسك، فقبل، فهو نقض للبيع؛ لأنه لا يتصور بيعه لنفسه إلا بعد فسخ الأول، فالأمر به من جهة المشتري، وقبول البائع ذلك يتضمن فسخ الأول، ولو قال: بعه لي، لا يكون نقضاً، ولو باعه لم يجز بيعه؛ لأن هذا أمر بما هو باطل، فلا يتضمن فسخ الأول.

١١٧٢٦- ولو قال: بعه، ولم يقل لي أو لنفسك فقبل، فهو نقض للأول، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف لا يكون نقضاً، وجه قول أبي يوسف: إن قوله: بع ينصرف إلى البيع للآمر؛ لأن الملك له، فكأنه قال: بعه لي، وجه قولهما: إن الأمر بالبيع للآمر لا يصح، ويصح للمأمور بواسطة انفساخ البيع الأول، فيصح الأمر بالبيع للمأمور، ويتضمن ذلك انفساخ الأول، كما لو قال: بعه لنفسك.

١١٧٢٧- ولو قال المشتري للبائع قبل القبض: أعتقه، فأعتقه البائع، جاز العتق عن البائع، وينفسخ البيع الأول، ولا يقع العتق عن المشتري عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف

لأن بالعتق يصير المشتري قابضاً، والبائع لا يصلح قابضاً للمشتري بطريق النيابة عنه، ليقع العتق للبائع، وطريقه أن ينفسخ البيع، فيعود إلى ملك البائع، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى العتق باطل؛ لأنه لا يقع عن المشتري، لما قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه، ولا يقع عن البائع، لعدم الملك للبائع.

١١٧٢٨ - ولو ملك المنقول بالوصية، أو بالميراث يجوز بيعه قبل القبض، أما في الميراث؛ فلأن يد الورثة يد المورث؛ لأنهم خلفاء عنه، فكان هذا بيع المقبوض، وأما الوصية فلأنها أخت الميراث، فكان حكمها حكم الميراث.

١١٧٢٩ - وأما مسألة العقار: فنقول: العقار إذا ملك بالبيع والإجارة، أو الصلح عن الدين، لا يجوز التصرف فيه قبل القبض عند محمد وزفر والشافعي رحمهم الله تعالى، لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض، ويجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، لانتفاء الغرر، إذ العقار لا يتصور هلاكه، والحديث خاص في المنقولات؛ لأن القبض حقيقة يتصور في المنقول دون العقار، فيتصرف الحديث إليه.

١١٧٣٠ - وفي "النوازل": إذا اشترى داراً، ووقفها قبل القبض، وقبل نقد الثمن، فالأمر موقوف إن أدى الثمن وقبضها، جاز الوقف، قيل: هذا على قول من لا يقف صحة الوقف على التسليم إلى المتولي، هذا هو الكلام في طرف المبيع، جئنا إلى طرف الثمن، فنقول: التصرف في الأثمان قبل القبض والديون استبدالا سوى السلم والصرف جائز عندنا، واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: لأن بيع المنقول قبل القبض إنما لا يجوز لمكان الغرر، وهو انفساخ البيع الأول بالهلاك، وهذا المعنى لا يتأتى جانب الثمن، يجوز التصرف فيه عملاً بالمطلق، وبعضهم قالوا: لأن الثمن واجب في الذمة، والقبض لا يرد عليه حقيقة، وإنما طريق قبضه أن يقبض مثله [عيناً] مضموناً عليه، فيلتقيان قصاصاً، وإذا كان طريق القبض هذا لا يقع التفرقة بين أن يكون المقبوض من جنسه، أو من خلاف جنسه؛ لأنه مضمون كمثله، والمقاصة تقع به.

١١٧٣١ - وروي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما: أنه قال: كنا نبيع الإبل بالبقيع، ونأخذ مكان الدراهم الدنانير، ومكان الدنانير الدراهم، وكان يجوزه رسول الله ﷺ، بخلاف السلم؛ لأنه وإن كان ديناً لكن الشرع جعل المقبوض في السلم عين المستحق بالعقد؛ لأن الأصل فيه أن يكون بيعاً، والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، وذكر الطحاوي: أنه لا يجوز التصرف في القرض قبل القبض، قال: لأنه لا يجوز تأجيله، فلا يجوز التصرف فيه،

هذا منه إشارة إلى أن الاستبدال إنما يصح في الديون المطلقة؛ لأن طريق قبض الديون قبض أبدالها، لا قبض أعيانها، وفي باب القرض الواجب رد العين؛ لأنه إعارة، فيصير كأنه انتفع بالعين ورده، ومن هذا الوجه لم يجز التأجيل؛ لأن التأجيل في العواري لا يلزم، فلا يصح الاستبدال عنه أيضاً.

قال القدوري في كتابه: هذا سهو، والصحيح أنه يجوز؛ لأن الواجب بالقرض رد المثل، لا رد العين وأقيم رد المثل مقام رد العين، وكان طريقه ما هو الطريق في إيفاء الديون، فيصح الاستبدال.

ومما يتصل بهذه المسائل[1]:

١١٧٣٢- إذا اشترى لآخر عبداً بدراهم، وتقابضا، ثم تقايلا، فلم يقبض البائع العبد بحكم الإقالة حتى باعه ثانياً من هذا المشتري، صح، ولو باعه من الأجنبي لا يصح، ومثله لو اشترى رجل من آخر عبداً، وباعه قبل القبض من بائعه، أو من أجنبي، لا يجوز، ففي بيع المنقول المشترى قبل القبض سوى بين البيع من بائعه وبين البيع من أجنبي، وفي مسألة الإقالة فرق بين البيع من المشتري، وبين البيع من الأجنبي، والوجه في ذلك أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق الثالث، ففي حق المتعاقدين يعود إلى البائع قديم ملكه، وأنه مقبوض، فإذا باعه المشتري، فقد باع ما هو مقبوض في حقهما، وفي حق الثالث لما كان عقداً جديداً، جعل في حق الثالث، كأن البائع اشتراه ثانياً من المشتري، ولم يقبضه فكان بحكم الشراء، فكان هذا بيع المنقول قبل القبض في حق الكل، فاستوى فيه البيع من البائع، والبيع من الأجنبي.

ولو اشترى غلاماً من رجل بألف درهم بشرط الخيار للمشتري ثلاثة أيام، وتقابضا، ثم فسخ المشتري العقد بخيار الشرط، فلم يردها على البائع؛ حتى اشتراه منه ثانياً صح، ولو اشتراه أجنبي صح أيضاً.

١١٧٣٣- والأصل في جنس هذه المسائل أن [في] كل موضع انفسخ البيع بين البائع والمشتري في المنقول بسبب هو فسخ من كل وجه في حق الناس كافة، فباعه البائع قبل أن يقبضه من المشتري يصح بيعه، باعه من المشتري أو من أجنبي، وفي كل موضع انفسخ البيع بينهما؛ بسبب هو فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق الثالث، لو باعه من المشتري

---

(١) وفي النسختين: [illegible] الفصل

يصح، ولو باعه من أجنبي لا يصح، وهذا أصل كبير حسن، أشار إليه محمد رحمه الله تعالى في بيوع الجامع.

١١٧٣٤ - وفي المنتقى رواية مجهولة: رجل اشترى من رجل عبداً وقبضه، ثم أقال البيع، ثم باعه من الذي هو في يديه قبل أن يقبضه، فالبيع باطل، حتى يقبض.

١١٧٣٥ - [و] ذكر في السير الكبير: إذا أسر العدو عبد المسلم، وأحرزوه بدارهم، فدخل مسلم دارهم، فاشترى العبد منهم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فحضر المالك القديم، وقضى القاضي بالعبد له بالثمن، ويقبضه[1] من المشتري من العدو حتى باعه، إن باعه من الذي في يده يجوز، وإن باعه من غيره لا يجوز، قال: وهو نظير ما إذا قضى القاضي برد العبد المشتري بالعيب على البائع، فلم يقبضه البائع حتى باعه من المشتري يجوز، وإن باعه من غيره لا يجوز.

١١٧٣٦ - قال الفقيه أبو جعفر: كنا نقول: إذا تقايل البيع البائع والمشتري في العبد، ولم يقبضه البائع حتى باعه، إن باعه من المشتري يجوز، ولو باعه من غيره لا يجوز، وكذا نقول في الرد بالعيب بعد القبض بقضاء، يجوز بيع البائع قبل القبض من المشتري ومن غيره؛ لأن الرد بقضاء فسخ من كل وجه، وإعادته إلى ملكه الأول، فيجوز البيع من المشتري ومن غيره، وقد نص محمد ههنا أنه لا يجوز بيع البائع من غير المشتري، فينظر في آخر الباب في باب أسير عبداً مرتداً[2] والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) هكذا في نسخة المصنف، ولعل الصحيح: لم يقبضه.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من النسخة م

الفصل الثاني
في الاختلاف الواقع بين الإيجاب والقبول
وفي الحوادث التي تمنع صحة قبول المشتري

١١٧٣٧ - إذا أوجب البائع البيع في شيئين أو ثلاثة، وأراد المشتري أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر، فهذا على وجهين: إن كانت الصفقة واحدة، ليس له ذلك، وإن كانت متفرقة فله ذلك. وهذا لأن الصفقة إذا كانت واحدة، فالمشتري بقبول العقد في أحدهما يريد تفريق الصفقة على البائع، وفي ذلك ضرر بالبائع؛ لأن العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الرديء إلى الجيد في البياعات، ويتقصون شيئًا من ثمن الجيد لترويج الرديء بالجيد، فلو جاز قبول العقد في أحدهما، فالمشتري يقبل العقد في الجيد، ويترك الرديء على البائع، فيزول الجيد عن ملك البائع بأقل من ثمنه، وفيه ضرر بالبائع.

وكذلك لو قال: بعتك هذا العبد، فقال المشتري: قبلت في نصفه، لم يصح؛ لأن فيه ضرر عيب الشركة، فالشركة في الأعيان عيب، قال القدوري في «الكتاب»: إلا أن يرضى البائع في المجلس، نحو أن يقول: بعتك هذين القفيزين بعشرة، فيقول المشتري: قبلت في نصفه فرضي به البائع، أو يقول: بعتك هذين القفيزين بعشرة، فيقول المشتري: [قبلت] [1] أحدهما، فيرضى به البائع، ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف إيجاب لا قبولًا، فإذا رضي به البائع في المجلس، فيجوز، قال: وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال في القفيزين؛ لأن الثمن ينقسم عليهما باعتبار الأجزاء، فيكون حصة كل قفيز معلومًا، فأما إذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة، نحو إن أضاف العقد إلى عبدين، أو ثوبين، فلم تصح الإقالة إذا قبل المشتري في أحدهما، وإن رضي البائع به؛ لأن القبول من المشتري لما جعل بمنزلة ابتداء إيجاب، فإذا لم يكن حصة كل واحد مسمى، لو جاز البيع في الذي قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة، وإنه لا يجوز.

ثم لابد من بيان معرفة اتحاد الصفقة، وتفرقها، فنقول: إذا اتحد البيع والشراء والثمن، بأن ذكر الثمن جملة؛ والبائع واحد، والمشتري واحد، فالصفقة متحدة قياسًا واستحسانًا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من «م و ت».

١١٧٣٨ - وكذلك لو تفرق الثمن بأن سمى لكل بعض من المبيع ثمناً على حدة، واتحد الباقي، بأن قال البائع: بعتك هذه الأثواب العشرة، كل ثوب منها بعشرة، كانت الصفقة متحدة أيضاً، وكذا إذا كان البائع أو المشتري اثنين [والثمن ذكر جملة][1] بأن قال البائع لرجلين: بعت منكما بكذا، أو قال المشتريان: اشترينا منك بكذا، كانت الصفقة متحدة، هذا هو الكلام في الاتحاد.

١١٧٣٩ - وأما الكلام في جانب التفرق، فنقول: إن تفرقت التسمية، بأن سمى لكل بعض ثمناً على حدة، وتكرر البيع، أو الشراء، أو البائع والمشتري اثنان، أو كان أحدهما اثنين: فالصفقة متفرقة، وكذلك إذا تفرق الثمن، وتكرر البيع، أو الشراء، والبائع والمشتري واحد، بأن قال البائع لرجل: بعت منك هذه الأثواب، بعت هذا بعشرة، بعت هذا بخمسة، أو قال المشتري: اشتريت منك هذه الأثواب، اشتريت هذا بعشرة، اشتريت هذا بخمسة، كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق، وأما إذا تفرق الثمن، إلا أنه لم يتكرر لفظ البيع والشراء، واختلف العاقدان، بأن كان من أحد الجانبين اثنان، أو كان من كل جانب اثنان، ذكر في بعض المواضع أنها صفقة واحدة، وذكر في بعض المواضع أنها صفقتان، قيل: الأول: استحسان، والثاني: قياس، وقيل: الأول قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، والثاني قول صاحبيه، ذكر الصدر الشهيد هذه الجملة في بيوع الجامع.

١١٧٤٠ - وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرح صلح "المبسوط" في باب اختلاف الشراء والصلح إذا كان العبد بين رجلين، فباعاه من رجل بألف ومائة على أن نصيب أحدهما مائة، ونصيب الآخر ألف، وجعل الصفقة متفرقة، حتى قال: لو قبل المشتري البيع في نصيب أحدهما جاز، وعلل فقال: لأن كل واحد منهما بين لنصيبه ثمناً، لا يقتضيه الصفقة الواحدة: لأن الصفقة الواحدة تقتضي أن يكون الثمن بينهما نصفين على قدر ملكهما؛ فإذا سميا على التفاوت، فقد غير حكم الصفقة الواحدة، وذكرا حكم صفقتين، فصارت الصفقة الواحدة في حكم صفقتين متفرقتين، بخلاف ما إذا سميا الثمن على المساواة، بأن سمى كل واحد منهما لنصيبه خمسمائة، حيث تكون الصفقة متحدة؛ لأن كل واحد منهما سمى لنفسه مقداراً تقتضيه الصفقة الواحدة، فيكون ذلك تقريراً لموجب الصفقة الواحدة، لا تغييراً لها، فكانت الصفقة [حقيقة وحكماً متحدة]

---

(١) هكذا في نسخة م.

١١٧٤١ – ويبنى على إتحاد الصفقة[1]، وتفرقها ما إذا اشترى شيئين، أو أشياء مختلفة، أو شيئًا واحدًا، ونقد بعض الثمن، وأراد أن يقبض بعض المبيع، فإن كانت الصفقة [2] واحدة، ليس له ذلك، وإن كانت الصفقة متفرقة، فله ذلك.

١١٧٤٢ – بيان هذه الصورة فيما ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": وصورته رجل اشترى من آخر عشرة أثواب يهودية، كل ثوب بعشرة دراهم، ونقد المشتري عشرة دراهم، وقال: هذه العشرة ثمن هذا الثوب بعينه، وأراد أن يقبض ذلك، ليس له ذلك؛ لأن الصفقة متحدة، وفي الصفقة الواحدة ضم الرديء إلى الجيد في البيع والحط عن بعض ثمن الجيد معتاد فيما بين الناس، فلو جاز قبض أحدهن، لقبض الجيد، ولا يتسارع إلى قبض الرديء، وربما يهلك الرديء قبل القبض، وينفسخ العقد فيه، ويسلم للمشتري الجيد بأقل من ذلك، وفي ذلك ضرر على البائع.

وكذلك لو أبرأ البائع المشتري عن ثمن [أحد] هذه الأثواب بعينه، فقال المشتري: أنا آخذ ذلك الثمن، لم يكن له ذلك اعتبارًا للبراءة الحاصلة بالإبراء بالبراءة الحاصلة بالاستيفاء، وكذلك لو أخر البائع عن المشتري ثمن ثوب بعينه شهرًا، لم يكن له أن يقبض ذلك الثوب، اعتبارًا للبراءة الموقتة بالبراءة المؤبدة، وكذلك لو أبرأه عن جميع الثمن إلا درهمًا، أو أخر عنه جميع الثمن إلا درهمًا، وكذلك لو كان الثمن مائة، وللمشتري على البائع تسعون درهمًا، فصار ذلك قصاصًا[3] بما وجب على المشتري، لم يملك المشتري قبض شيء من الثياب حتى ينقد العشرة، اعتبارًا للبراءة الحاصلة بالمقاصة بالبراءة الحاصلة بالإيفاء بالبدل، وكذلك إذا كان ثمن أحد الأثواب بعينه عشرة دنانير، وثمن الباقي مائة درهم، فنقد الدنانير، أو نقد الدراهم، لم يقبض شيئًا منها، وكذلك لو وقع الشراء على أن ثمن ثوب منها بعينه حال، وثمن الباقي مؤجل، لم يكن له أن يقبض شيئًا حتى ينقد الحال.

ومما يتصل بهذه المسائل:

١١٧٤٣ – رجلان اشتريا من رجل عبدًا بألف درهم، فغاب أحدهما، وحضر الآخر،

(١) هكذا في النسختين: ف، ز، م، وكان في النسخة "ظ": على إيجاد الصفقة وتفرقها

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف

(٣) هكذا في النسختين: ظ، ز، ف، وكان في الأصل: قضاء.

فليس له أن يقبض شيئًا من العبد ما لم ينقد الثمن جملة؛ لأن الصفقة متحدة، فلا يملك الحاضر تفريقها، فإن أوفى جميع الثمن قبل القبض، قبض العبد كله، ولا يكون متطوعًا، فإذا حضر الغائب ليس له أن يقبض حصته، حتى يدفع إلى الحاضر ما نقده من حصته، فإذا فعل ذلك، قبض نصيبه. فإن هلك العبد في يدي الذي قبضه، قبل أن يحضر الغائب أو بعد ما حضر قبل أن يطلبه، هلك أمانة، حتى إذا حضر الغائب [(1)] رجع الأول عليه بحصته، وإن حضر الأول، فطلب نصيبه، فمنعه حتى يستوفي ما نقده، ثم هلك، هلك كما كان عنده بمنزلة المبيع يهلك في يد البائع، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف: يقال للحاضر: ليس لك أن تقبض شيئًا من العبد، حتى تنقد جميع الثمن، فإذا نقدت جميع الثمن، لم تقبض إلا نصيبك، وكنت متطوعًا مع ذلك عن الشريك، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الغائب لم يرض بقبض الحاضر نصيبه، فلا يصح قبضه عليه، وإنما يقبض نصيب نفسه، إلا أنه لا يمكنه قبض نصيب نفسه ما لم ينقد جميع الثمن، لما قلنا، فإذا نقد جميع الثمن، ملك قبض [نصيب نفسه] لأن البائع لما رضي بتسليم الكل عند تسليم جميع الثمن، كان رضي بتسليم النصف عند قبض جميع الثمن، ويكون متبرعًا، إذ لا جبر فيما أدى لحق نفسه لا ملكًا ولا يدًا، وجه قولهما: إن الحاضر محتاج إلى قبض نصيبه، ولا يمكنه قبض نصيبه إلا بقبض الكل، كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع، ولا يمكنه قبض الكل إلا بنقد الكل، فكان مضطرًا في أداء ما على الغائب، والمضطر لا يكون متبرعًا، فكان بمنزلة الوكيل [(2)]، وكان له حبسه بما أدى، كالوكيل، وإذا هلك عنده بعد الحبس، صار كالمبيع يهلك في ضمان البائع.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "النوادر": أنه يدفع نصف الثمن، ويأخذ نصف المبيع؛ لأن المستحق عليه نصف [الثمن] وقد أدى، فلو توقف حقه في قبض نصيبه [لتوقف] على أداء ما على صاحبه، وحق الإنسان لا يتوقف على أداء ما على غيره.

١١٧٤٤ - ولو كان البائع أبرأ أحد المشتريين عن حصته من الثمن، أو أخر عنه شهرًا لم يكن له أن يقبض حصته من العبد، حتى ينقد الآخر حصته من الثمن؛ لأن البراءة الحاصلة بالإبراء وبالتأخير لا يكون أعلى حالاً من البراءة الحاصلة بالإيفاء، وهناك ليس له أن يقبض لنفسه ما لم يوف كل الثمن، كذا هنا.

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، والمثبت من م و ف.

(2) وفي م: "فكان بمنزلة الوكيل عن الغائب، فما قبضه كان أمانة في يده كالمبيع ... الخ".

١٦٧٤٥ - ولو أن المشتريين اشترى كل واحد منهما نصفه بخمسمائة؛ بأن قال: كل واحد منهما للبائع: اشتريت منك نصف هذا العبد بخمسمائة، فقال البائع: بعتكما، ثم نقد أحدهما حصته؛ فله أن يقبض نصيبه من العبد؛ لأن الإيجاب وإن كان متحداً، فالقبول متفرق، فرجحنا التفرق بحكم تفرق التسمية.

وكذلك لو أن البائع أبرأ أحدهما عن حصته، أو أخر أحدهما عن حصته، كان له قبض نصيبه، وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل -والله أعلم-.

الفصل الثالث(١)

في قبض المبيع بإذن البائع، أو بغير إذنه وفي تصرف أحد المتعاقدين في البيع قبل القبض وفيما يلزم المتعاقدين من المؤنة في قبض البيع وفي تسليم الثمن

١١٧٤٦- قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن إذا كان الثمن حالا؛ لأن البائع عين حق المشتري [في المبيع] فيجب [على المشتري تعيين حق البائع في الثمن تحقيقًا للتساوي بينهما، ثم تعين النقود بالقبض، فيجب](٢) تقديم القبض في الثمن، تعيينًا لحق البائع، حتى لو وقع المبيع عينًا بعين، أو دينًا بدين، سلما معًا، إذ لا مزية لأحدهما على الآخر، وإن كان الثمن مؤجلا، لم يكن له حق الحبس؛ لأن حق الحبس إنما ثبت للبائع تحقيقًا للتسوية بينهما، وقد سقط حق البائع في المساواة بحكم التأجيل، فسقط حقه في الحبس ضرورة، ولو كان بعض الثمن حالا، وبعضه مؤجلا، فله حبسه حتى يستوفي الحال اعتبارًا للبعض بالكل، ولو بقي من الثمن شيء قليل، كان له حبس جميع المبيع؛ لأن حق الحبس لا يتجزأ.

١١٧٤٧- ولو دفع بالثمن رهنًا، أو كفل به كفيل، لم يسقط حق البائع في الحبس؛ لأنه وثيقة، والوثيقة توجب تأكد الأصل، وكان حق البائع في الثمن ثابتًا قبل المشتري، فبقي له حق الحبس، ولو أحال المشتري البائع على غريم له بالثمن، لا يبطل حق البائع في الحبس، ولو أحال البائع غريمًا من غرمائه على المشتري حوالة مقيدة بالثمن، يبطل حقه في الحبس، هكذا ذكر المسألة في "الزيادات".

ووجه ذلك أن سقوط حق البائع في الحبس يتعلق بسقوط حقه عن المطالبة بالثمن، لا ببراءة المشتري عن الثمن، بدليل أن الثمن إذا كان مؤجلا سقط حق البائع في الحبس، وإن بقي الثمن في ذمة المشتري، فإذا أحال المشتري البائع على غريم من غرمائه، لم يسقط حق البائع عن المطالبة بالثمن، ولكن غير المشتري قام مقام المشتري في حق تحمل هذه المطالبة،

---

(١) هكذا في الأصل، والنسختين: ظ، ز، ف، وكان في النسخة م: الفصل الثالث في حبس المبيع بالثمن، وفي قبض المبيع بإذن البائع، وبغير إذنه، وفي نيابة أحد القبضين عن صاحبه، وفي تصرف أحد المتعاقدين... إلخ.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

ولهذا لا يسقط حق البائع في الحبس.

١١٧٤٨ - وإذا أحال البائع غريمًا من غرمائه على المشتري سقط حق البائع عن المطالبة بالثمن، فيسقط حقه في الحبس، وفي «القدوري»: إذا أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان، أو أحال البائع رجلا على المشتري، سقط حق البائع في الحبس في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد: إذا أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان، لم يسقط حق البائع في الحبس، ولو أحال البائع رجلا عليه سقط حقه، ونبين بما ذكر القدوري: أن ما ذكر في «الزيادات» قول محمد رحمه الله تعالى، فأبو يوسف نظر إلى جانب المشتري، وقال: ذمة المشتري قد برئت عن الثمن بالحوالة، فيعتبر بما لو برئت بالأداء، ومحمد رحمه الله تعالى نظر إلى جانب البائع، وقال: إن حق البائع إنما يثبت في الحبس ليتعين حقه في الثمن، فما دام حقه في المطالبة قائمًا، يبقى حقه في الحبس، فإذا أحال البائع رجلا على المشتري، فقد سقط حق البائع في المطالبة، فبطل حقه في الحبس، أما إذا أحال المشتري البائع على رجل، فحق المطالبة للبائع قائم، لكن المشتري أقام غيره مقام نفسه في حق تحمل المطالبة، فلا يبطل حق البائع في الحبس.

١١٧٤٩ - وفي «المنتقى» رواية مجهولة: لو أحال البائع غريمًا من غرمائه على المشتري بالثمن، لم يسقط حق البائع في الحبس، ولو كان الثمن مؤجلا، فلم يقبض المشتري حتى حل الأجل، كان له قبضه[1] قبل نقد الثمن، وليس للبائع منعه؛ لأن حق البائع في الحبس سقط بالتأجيل، والساقط متلاشي لا يقبل العود، ولو أجله بالثمن سنة غير معينة، فلم يحضر المشتري حتى مضت السنة، فالأجل سنة من حين يقبض المبيع في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وإن كانت سنة معينة، صار الثمن حالا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الثمن حال في الوجهين؛ لأن مطلق الأجل ينصرف إلى ما يلي العقد، كما في مدة الإجارة، فاستوى المعين وغير المعين، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن التأجيل إنما شرع نظرًا للمشتري ليتأخر عنه المطالبة بالثمن مع حصول الانتفاع له بالبيع والتصرف في المبيع في مدة الأجل ليؤدي الثمن عند مضي الأجل، ويستفضل لنفسه شيئًا، وهذا المعنى إنما يحصل باعتبار الأجل [من] وقت القبض، فيجب [اعتباره ما أمكن، وقد أمكن] اعتباره إذا كانت السنة غير معينة، وأما إذا كانت معينة، فلا؛ لأنها إذا كانت معينة، فإذا فاتت لو أثبت التأجيل

[1] وفي النسخة «م»: كان له أن يقبضه قبل نقد الثمن.

في سنة أخرى كان هذا إثباتًا للحكم في غير المحل الذي تناوله اللفظ، وهذا لا يجوز، بخلاف ما إذا لم تكن السنة معينة.

١١٧٥٠ - ولو كان في البيع خيار لهما، أو لأحدهما، والأجل مطلق، فابتداءه من حين يلزم، وأما في خيار الرؤية فالأجل يعتبر من حين العقد؛ لأن التأجيل لتأخير المطالبة إلى وقت مضي الأجل، وذلك إنما يكون في موضع يجب البدل لولا التأجيل، وذلك من وقت لزوم العقد، فأما خيار الرؤية، فلا يمنع وجوب الثمن، ولا توجه المطالبة بالثمن، فاعتبر التأجيل من وقت العقد، وتسليم المبيع هو أن يخلي بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل، وكذا التسليم من جانب المشتري.

١١٧٥١ - وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه: التخلية ليست بقبض، والصحيح مذهبنا؛ لأن التسليم مستحق على البائع، وما يستحق على الإنسان يجب أن يكون له طريق الخروج عن عهدته بنفسه، ولو يوقف ذلك على وجود الفعل من غيره، وذلك الغير مختار في الفعل، يبقى هو في عهدة الواجب.

وإذا اشترى حنطة بعينها، وخلى البائع بينها وبين المشتري في بيت البائع، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يصير المشتري قابضًا، حتى لو هلكت هلكت من مال البائع، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يصير المشتري قابضًا، حتى لو هلكت هلكت على المشتري[1].

وعلى هذا الخلاف إذا اشترى خلا في دن، وخلى البائع بين المشتري، وبين الدن في بيت البائع، وختم المشتري على الدن، صار المشتري قابضًا للخل عند محمد رحمه الله تعالى، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله تعالى، وحاصل الخلاف يرجع إلى أن التخلية في بيت البائع هل هي صحيحة؟ فعند محمد صحيحة، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله تعالى.

[حجة محمد] أن التخلية من البائع قد صحت؛ لأن صحتها بإزالة البائع يده، وقد أزالها حين خلى بينه وبين الطعام، فيجب أن يصير قابضًا. كما لو خلى في غير [بيت] البائع.

ولأبي يوسف رحمه الله تعالى: أن صحة التخلية بزوال يد البائع، ويد البائع إن زالت حقيقة لم يزل من حيث الحكم؛ لأن البيت [في يد البائع] وما فيه [أيضًا] في يد البائع حكمًا.

١١٧٥٢ - وفي "العيون": إذا اشترى من آخر حنطة في بيت، ودفع البائع المفتاح إلى

(١) وفي النسخة م: هلكت من مال المشتري.

للمشتري، زاد في "كتاب العلل": فقال: التي ابتلعت المشدودة للبائع إذا كان البائع هو الذي مد الخيط، وأخرجها؛ لأنه هو الذي صادها، وأما المشدودة فهي للمشتري، فإن كانت المشدودة هي التي ابتلعت الجائبة، فهما جميعًا للمشتري، سواء كان قبض المشتري المشدودة، أو لم يقبضها؛ لأن الجائبة كسب ملكه، وإن كان المشتري لم يقبض المشدودة، فابتلعت الجائبة المشدودة، فالمشتري بالخيار إذا أخرجت المشدودة من بطن الذي ابتلعها، وقد أضرت بها، وأثرت، إن شاء أخذها، وإن شاء ترك.

١١٧٥٧ - في "كتاب العلل": إذا أخذ البائع الأكلة، وتسلم[1] المشدودة إلى المشتري جاز، وإن عجز عن تسليم الأكلة، فقد عجز عن تسليم المبيع، فيخير المشتري، كما لو أبق العبد المشترى قبل القبض، فإن كان المشتري قبض السمكة المشدودة، ثم قال للبائع: أمسكها لتصيد بها، فما كان من ذلك؛ فهو للمشتري.

زاد في "كتاب العلل": وإن مد البائع الخيط، فإن البائع كالعون له؛ لأن المشتري إنما ترك المشدودة ليصطاد بها، فهو بمنزلة ما لو نصب شبكة، ووقع فيها صيد، فقال الآخر: مد هم الشبكة، ففعل.

١١٧٥٨ - وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر دارًا بالكوفة، وهما ببغداد، وقبض البائع الثمن، ولم يسلم الدار حتى خاصمه المشترى فيها، فإن القاضي يأمر بائع الدار أن يوكل وكيلا بشخص، ثم يخرج[2] مع المشترى إلى الكوفة، فيأخذ الدار، ويأخذ المشترى كفيلا من البائع بنفسه، ويوكل المشترى هنا وكيلا بخصومة البائع، ثم يخرج المشتري إلى الدار مع الوكيل، ويكتب قاضي بغداد له إلى قاضي الكوفة بما استقر عنده من أمرهما، وإن كتب قاضي الكوفة إلى قاضي بغداد أن الوكيل لم يسلم الدار، يعني جحد الوكالة، وادعاها لنفسه، حبس القاضي البائع في السجن حتى يسلم وكيله الدار.

١١٧٥٩ - وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": إذا باع دارًا، وسلمها إلى المشتري، وفيها متاع قليل للبائع، لا يصح التسليم حتى يسلمها إليه فارغة؛ لأن يد البائع قائمة، وقيام يد البائع تمنع صحة التسليم، وإذ أذن البائع للمشتري بقبض الدار والمتاع صح التسليم؛ لأن المتاع صار وديعة عند المشتري، فزالت يد البائع عن الدار.

---

(١) في "ط": وسلم.

(٢) وفي النسخة "م": أن يوكل وكيلا بشخص مع المشتري، ويسلم الدار إليه، ويأخذ المشتري كفيلا من البائع بنفسه، ويوكل.

وكذلك إذا باع أرضًا، فيها زرع البائع، وسلم الأرض إلى المشتري لا يصح التسليم.

١٦٧٦٠: ذكر محمد رحمه الله تعالى في «السير الكبير»: إذا رأى الإمام رجلا يبيع الغنائم، فجعل ذلك الرجل الأرماك في حظيرة، وباع رمكة منها، وقال للمشتري: أدخل الحظيرة، واقبض الرمكة، فقد خليت بينك وبينها، فدخل الرجل الحظيرة ليقبض الرمكة، فعالجها، فانفلتت منه، وخرجت من باب الحظيرة، وذهبت، ولا يدري أين ذهبت، ينظر في ذلك، إن كان المشتري لا يقدر على أخذها، فالهلاك على البائع؛ لأن المشتري لم يصر قابضًا لها: لا حقيقة، وهذا ظاهر، ولا حكمًا؛ لأنه لم يتمكن من قبضها، إذا كان لا يقدر على أخذها، وإن كان المشتري يقدر على أخذها، فالهلاك على المشتري؛ لأنه صار قابضًا لها حكمًا، ثم في هذا الوجه يستوي الجواب بين ما إذا كان لا يقدر المشتري على أخذها من غير كلفة ومشقة، وبين ما إذا كان يقدر على أخذها بكلفة ومشقة، ففي الفصلين جميعًا يصير قابضًا لها بالتخلية؛ لأن المعتبر في هذا الباب التمكن من القبض لا غير، ألا يرى أن من اشترى من آخر صبرة عظيمة مقدارًا إليه، وخلى البائع بينها وبين المشتري، يصير المشتري قابضًا لها، وإن كان لا يقدر على قبضها إلا بكلفة ومشقة.

وإن كان المشتري لا يقدر على أخذها وحده، ويقدر على أخذها لو كان معه أعوان، أو له فرس، ينظر إن كان الأعوان أو الفرس معه يصير قابضًا، وإن لم يكن الأعوان أو الفرس معه، لا يصير قابضًا.

١٦٧٦١ - وإن كانت الرمكة في يد البائع، وهو ممسك لها، فقال للمشتري: خذ الرمكة، فأثبت المشتري يده عليها حتى صارت الرمكة في أيديهما، والبائع يقول للمشتري: خليت بينك وبينها، وأنا لا أمسكها منعًا لها منك، وإنما أمسكها حتى تضبطها، فانفلتت من أيديهما، فالهلاك على المشتري؛ لأن المشتري قابض لنصفها حقيقة، ولنصفها حكمًا، لتمكنه منه؛ لأن البائع لا يمنعه من ذلك.

فإن قيل: الرمكة في يد البائع حقيقة، وقيام يد البائع عليها يمنع ثبوت يد غيره عليها، قلنا: قيام يد الإنسان على المحل يمنع ثبوت يد غيره عليه على طريق المنازعة والمغالبة، لا على طريق التمكين إياه، ويد البائع ثابتة على الرمكة على طريق تمكين المشتري، وإعانته إياه على تقرير يده[1]، فلا يمنع ذلك صحة قبض المشتري.

---

(١) وفي النسخة «م»: على تحديد يده

١١٧٦٢ - وإن كانت الرمكة في يد البائع، ولم يصل إليها يد المشتري، فقال البائع للمشتري: خليت بينها وبينك، فاقبضها، فأبى، فإنما أمسكها لك، فانفلتت من يد البائع قبل أن يقبض المشتري، وهو يقدر على أخذها من البائع وضبطها، كان الهلاك على البائع، بخلاف ما إذا كانت الرمكة في أيديهما، والبائع لا يمنعها من المشتري، فانفلتت، فإن هناك الهلاك على المشتري.

والفرق أن المشتري لا يصير قابضاً للمشتري ما لم يزل قبض البائع، ومتى كانت الرمكة في أيديهما، والبائع لا يمنع، فقد زال قبض البائع حكماً؛ لأن يد المشتري ثابتة على أحد النصفين حقيقةً، وعلى النصف الآخر ثابتة حكماً؛ لما مر، ويد البائع ثابتة على أحد النصفين لا غير، فكان قبض البائع دون قبض المشتري، فيرتفع بقبض المشتري، وأما إذا كانت الرمكة كلها في يد البائع، فلم يزل قبض البائع حكماً؛ لأن جميع الرمكة في يد البائع حقيقةً، ويد المشتري ثابتة عليها حكماً إذا كان لا يمنعها البائع عن المشتري، فكان قبض المشتري دون قبض البائع، فلا يرتفع به قبض البائع، ومع قيام قبض البائع لا يعتبر قبض المشتري، وبخلاف ما إذا لم تكن الرمكة في يد البائع، ولا في يد المشتري، وهي بقرب من البائع والمشتري بحيث لو أراد المشتري قبضها أمكنه ذلك، فقال البائع للمشتري: خليت بينك وبينها، فانفلتت في هذه الحالة، كان الهلاك على المشتري؛ لأن الثابت لكل واحد منهما أعني البائع والمشتري في هذه الصورة التمكن من القبض لا القبض الحقيقي، فكان يد كل واحد منهما مثل يد صاحبه، فجاز أن يزول يد البائع بيد المشتري، وإن كانت الرمكة بعيدة من المشتري والبائع، فقال البائع للمشتري: خليت بينها وبينك، فهذا لا يكون قبضاً، وقد مر هذا في فصل الضيعة والدار.

وسئل شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله تعالى عن فرس بين اثنين، وهو في المرعى، باع أحدهما نصيبه من صاحبه، وقال للمشتري: اذهب واقبضه، وهلك الفرس من قبل أن يذهب المشتري إليه، قال: الهلاك عليهما؛ لأن المشتري لم يقبض المشترى، لا حقيقةً ولا حكماً، فكان الهلاك عليهما.

١١٧٦٣ - وقعت في زماننا أن رجلاً اشترى بقرة من رجل، وهي في المرعى، فقال له البائع: اذهب واقبض البقرة، فأفتى بعض مشايخنا أن البقرة إن كانت بمرأى العين، بحيث يمكن الإشارة إليها، فهذا قبض، وما لا فلا، وهذا الجواب ليس بصحيح، والصحيح أن البقرة إن كانت بقربهما بحيث يتمكن [المشتري] من قبضها لو أراد، فهو قابض لها، بدليل مسألة الرمكة التي ذكرناها، ولو كان المشتري اشترى الأرماك كلها في الحظيرة، وخلى البائع بينها

وبين المشتري، والأرمكة بحيث لا يقدر على الخروج إلا بفتح الباب، ففتح المشتري باب الحظيرة ليدخل، فدخل ليأخذ [بعض] الرماك [فغفلته] الرماك، وخرجت من الحظيرة، وذهبت، فالهلاك على المشتري، والثمن لازم، سواء كان المشتري يقدر على أخذها لو دخل الحظيرة، أو لا يقدر، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان [المشتري] يقدر على قبضها[1] لو دخل الحظيرة؛ لأن المشتري صار قابضاً لها لما تمكن من قبضها مشكل فيما إذا كان لا يقدر على قبضها لو دخل الحظيرة؛ لأن المشتري لم يقبضها لا حقيقة [باليد] ولا حكماً بالتمكن من القبض، فينبغي أن يكون الهلاك على البائع في هذه الصورة، ألا ترى لو فتح غير المشتري الباب، وكان المشتري لا يقدر على أخذ الرماك لو دخل الحظيرة، فانفلتت رمكة، وذهبت لا يكون الهلاك على المشتري؛ لأن المشتري لم يصر قابضاً لها لما لم يكن متمكناً من قبضها، والجواب صحيح، إن الجواب في الوجهين؛ لأن المشتري إذا كان لا يقدر على قبض الرماك، وإن كان[2] لا يصير قابضاً لها بالتمكن من القبض، يصير قابضاً لها بالإتلاف، والقبض كما يتحقق من المشتري بالتمكن من القبض يتحقق منه بالإتلاف[3].

١١٧٦٤ - ألا يرى أن من اشترى عبداً، والعبد بعيد منه، بحيث لا يتمكن من قبضه لو أراد قبضه، فأعتقه، يصير [قابضاً له] حتى يتأكد عليه الثمن، وما صار قابضاً لتمكنه من القبض؛ لأن العبد بعيد منه، وإنما صار قابضاً بالإتلاف، كذا هنا، وبيان الإتلاف أن فتح الباب سبب خروج الرمكة وإتلافها، فيقام مقام مباشرة الإخراج، والإتلاف خرج على هذا ما إذا كان فاتح الباب غير المشتري.

ولا يلزم أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله تعالى ما إذا فتح الرجل باب قفص إنسان، أو باب إصطبل إنسان، فطار الطير، أو خرجت الدابة من فوره ذلك، فإنه لا يضمن الفاتح عندهما مع أنه تسبب لإخراج الدابة والطير بفتح الباب؛ لأن هناك يضمن الفاتح إنما يضمن ضمان غصب؛ لأنه لم يوجد منه عقد ضمان في حق الطير والدابة، والمشتري في فصل الرمكة لو ضمن بفتح الباب، يضمن ضمان العقد؛ لأنه لو[4] وجد منه عقد ضمان في حق الرمكة،

---

(١) وفي النسخة ط: على أخذها.

(٢) في النسخة ط: وإن لا يصير.

(٣) وفي النسخة م: بإتلاف المشتري.

(٤) هكذا كان في الأصل، والصحيح إسقاط كلمة «لو» كما في النسخة م.

وقد جرى في قبض ضمان العقد من السهولة ما لم يجر في ضمان الغصب، ألا يرى أن المشتري يصير قابضاً بحكم العقد، وضامناً بالتمكن من قبض ما اشترى، ولا يثبت الغصب بمجرد التمكن بالقبض، فكذا هنا.

١١٧٦٥ - وفي المنتقى أيضاً: رجل اشترى طيراً في بيته والباب مغلق، فهب الريح في الباب، وفتح الباب، وطار الطير، لا يصح التسليم، وإن فتح المشتري الباب، وطار الطير، صح التسليم، وهذا الجواب ليس بصحيح، وإنما الصحيح من الجواب أن المشتري إذا كان بحال يمكنه قبض المشتري بيده من غير أعوان، أو مع أعوان، إلا أن الأعوان معه يصير قبضاً، حتى لو انفتح الباب، فطار الطير، ذهب من مال المشتري، سواء انفتح الباب بفتح المشتري، أو بهبوب الريح، أو بفعل أجنبي، وإن كان بحال لا يمكنه الأخذ أصلاً، أو كان يمكنه بعون، إلا أن الأعوان ليسوا معه، فإن انفتح الباب بفتح المشتري، وذهب الطير، ذهب من مال المشتري، فإن انفتح بهبوب الريح، أو بفتح الأجنبي ذهب من مال البائع، بمنزلة مسألة المشتري.

١١٧٦٦ - المشتري من آخر دهناً معيناً، ودفع إليه قارورة ليزنه فيها، فوزنه بحضرة المشتري، صار المشتري قابضاً، وإن كان في دكان البائع أو بيته؛ لأن وزن البائع عاملاً له للمشتري؛ لأن الأمر به قد صح، وإن وزنه بغيبة المشتري، ذكر بعض المتقدمين في شرح الجامع: أن المشتري لا يصير قابضاً، والصحيح أنه يصير قابضاً؛ لما ذكرنا.

ولو أن البائع حين صب فيها رطلاً انكسرت، وهما لا يعلمان[1] بذلك، فما صب قبل الانكسار يهلك على المشتري، وما صب بعد الانكسار يهلك على البائع، وإن بقي في القارورة شيء بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار، فصب البائع في القارورة رطلاً حتى خرج الكل من القارورة، فالبائع يصير ضامناً للمشتري، مثل ما بقي في القارورة بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار[2]، وإن دفع المشتري القارورة منكسرة إلى البائع، ولم يعلم به البائع، فصب فيه بأمر المشتري، فذلك كله على المشتري.

١١٧٦٧ - ولو أن المشتري أمسك القارورة بنفسه، ولم يدفعها إلى البائع، والمسألة بحالها، كان الهلاك في جميع ما ذكرنا على المشتري.

---

(١) وفي النسخة ظ: لا يعلمان، وفي م: لا يعلمان.

(٢) هكذا في النسختين: ظ و م.

١١٧٦٨ - وفي "المنتقى": لو دفع القارورة إلى البائع منكسرة، ولا يعلم به المشتري، والبائع يعلم، وكاله فيه، فتلف، فالبائع متلف له، ولا شيء على المشتري، ولو علم به المشتري، ولم يعلم به البائع، أو كانا يعلمان به وكاله فيه، فالمشتري قابض له.

١١٧٦٩ - قال هشام في "نوادره": سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من آخر شيئاً، وأمره المشتري أن يجعله في وعاء المشتري، فجعله فيه ليزنه عليه، فانكسر الإناء، وتوى ما فيه، فهو من مال البائع؛ لأنه إنما جعله في إناء المشتري ليزنه، فيعلم وزنه لا للتسليم إلى المشتري [فإن وزنه] ثم انكسر الإناء، فهو من مال البائع أيضاً، وإن وزنه في شيء للبائع، ثم جعله في إناء المشتري، ثم انكسر، فهو من مال المشتري، وإن قال المشتري للبائع: أنفذ لي في هذا الإناء كذا كذا، أو ابعث به مع غلامك، أو قال: مع غلامي، ففعل، وانكسر الإناء في الطريق، قال: هو من مال البائع، حتى يقول: ادفعه إلى غلامك، أو قال: إلى غلامي، فإذا قال ذلك، فهو وكيل، فإذا دفعه إليه، فكأنه دفعه إلى المشتري، فيكون الهلاك على المشتري.

١١٧٧٠ - وفي "مجموع النوازل": إذا اشترى من قروي وعاء عسل، وأمره أن يذهب إلى منزله، فسقط في الطريق، وهلك، فالهلاك على البائع إن لم يقبضه المشتري.

١١٧٧١ - رجل باع من آخر ثوباً، وأمره أن يقبضه، فلم يقبضه حتى أخذ إنسان الثوب، فإن كان حين أمره البائع بالقبض أمكنه القبض من غير قيام، صح التسليم، وإن كان لا يمكنه القبض إلا بقيام لا يصح التسليم.

١١٧٧٢ - في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": وفيه أيضاً إذا اشترى من آخر دابة، والبائع راكبها، فقال له المشتري: احملني معك، فحمله معه، فهلكت الدابة، هلكت من مال المشتري؛ لأن ركوب المشتري قبض منه، وقيل: إن كان المشتري ركب على السرج، والبائع رديفه، يصير قابضاً، وما لا فلا، وإن لم يكن عليه سرج، فهو قابض كيف ما كان، ولو كانا راكبين، فباع أحدهما من صاحبه لا يصير قابضاً، بمنزلة ما لو باع داراً، والبائع والمشتري في الدار.

١١٧٧٣ - رجل اشترى من آخر حنطة بعينها، ثم قال للبائع: أعرني جوالقك هذا، أو قال: جوالك هذا، وكِل لي ما اشتريت منك حتى أرجع، فأحمله، فذهب المشتري، ففعل البائع ذلك، فضاعت الحنطة، فهذا ليس بقبض حتى يدفع إليه المشتري آنية له، يكيل فيها الطعام، أو يقبض منه المشتري وعاءه التي استعارها، ويدفعها إليه، فإذا كان كذلك، فهو قبض، هكذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى.

١١٧٧٤ - وذكر عمرو بن عمرو عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال المشتري للبائع: أعرني جوالقك هذا، وكله فيه، ففعل صار المشتري قابضاً [ولو لم يقل: هذا، والباقي بحاله لا يصير قابضاً.

وفي «القدوري»: فقال أبو يوسف: إذا استعار المشتري من البائع جوالقاً وأمره أن يكيل فيه، فإن كانت الجوالق بعينه صار المشتري قابضاً][1] بالكيل فيه، وإن كانت بغير أعيانها، نحو أن يقول: أعرني جوالقاً، وكله فيها، ففعل، فإن كان المشتري حاضراً فهو قبض، وإن كان غائباً، لم يكن قبضاً.

وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يكون قابضاً في الغيبة في الوجهين، حتى يقبض الجوالق منه، ثم يسلمها إليه، فإن على ما ذكره القدوري بينهما أيضاً، فإن المشتري إذا لم يعين الغرائر، لم يصر المشتري قابضاً بكيل البائع حال غيبة المشتري، وهذا لأن البائع بالكيل عامل لنفسه من وجه من حيث إنه يميز ملكه عن ملك المشتري، وعامل للمشتري من وجه من حيث إنه يميز ملك المشتري، فينتقل فعله إلى المشتري من وجه دون وجه، فلا يثبت القبض بالشك بمجرد الأمر بالكيل، بخلاف ما لو دفع إليه غرائر بعينه، حيث يصير قابضاً بجعله في غرائره بعد الكيل والتمييز؛ لأنه عامل في هذا للمشتري من كل وجه، فيصير فعله منقولاً في هذا إلى المشتري من كل وجه، ويصير كأن المشتري هو الذي [جعل] في الغرائر بعد الكيل والتمييز، ولأن الاستعارة مع الجهالة لا يصح، فقبل التعيين لا تصير الغرائر للمشتري، لا ملك منفعة ولا ملك رقبة، فلا يحصل الجعل في غرائر المشتري، وبدون الجعل في غرائر المشتري لا يصير المشتري قابضاً، وأما إذا عين الغرائر، وأمره بالكيل فيها، فتحمل بعينه المشتري، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يصير قابضاً؛ لأن العارية لا تتم بدون القبض، وما لا تتم العارية لا تصير [الغرائر] للمشتري، لا ملك منفعة، ولا ملك رقبة.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يصير قابضاً؛ لأن استعارة الغرائر غير مقصودة بعينها، وإنما يثبت حكماً لتصحيح القبض، وكانت قصدية من وجه، حكمية من وجه، فشرطنا التعيين لكونها قصدية، ولم نشترط القبض لكونها حكمية.

١١٧٧٥ - وفي «القدوري» أيضاً: إذا اشترى من آخر كراً بعينه، وله على البائع كر دين، فأعطاه جوالقاً، وقال: كلهما فيه، فإن كان العين أولاً ثم الدين، صار المشتري قابضاً لهما،

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من بقية النسخ.

أن الدين ظاهر، وأما الدين فلأن البائع خلطه بمال المشتري بأمره، فصار قابضاً [١١٤٤٥] … وجد من الأمر، فإن خلط الجنس بالجنس سبب ملكه، وإذا كان هذا سبب ملك، فكأن المشتري أمره بأن يأخذ بعض ملكه، فيكون عاملاً للمشتري بأمره، كما لو أمره بالشراء فاشترى، وإن كان الدين أولاً ثم العين، لم يصر قابضاً للدين، وكان قابضاً للعين، فكان شريكاً فيه، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف: يصير قابضاً لهما؛ لأن خلط الجنس بالجنس استهلاك، فإذا خلط الدين بملك المشتري بأمره صار القبض ملكاً للمشتري، فصار قابضاً له لاتصاله بملكه.

وجه قول محمد رحمه الله تعالى: إن المشتري لو صار قابضاً للدين، إما أن يصير قابضاً بالكيل، أو بجعل المكيل في غرائر المشتري، لا وجه إلى الأول؛ لأن الكيل لم يصر منقولاً إلى المشتري؛ لأن أمره بالكيل لم يصح؛ لأن الكيل لاقى ملك المديون، فلا يصير المكيل منقولاً إلى المشتري كما قبل الأمر، ولا وجه إلى الثاني، وإن صح الأمر من المشتري بجعل الحنطة في غرائره من حيث إنه يصير في الغرائر، والغرائر ملك المشتري؛ لأن جعل المديون الدين في غرائر المشتري لا يصير منقولاً إلى المشتري؛ لأن المديون في ذلك عامل لنفسه؛ لأن الحنطة ملك المديون، وقد أذن له المشتري أن يجعلها في غرائره، فيصير معيراً الغرائر من المديون، والمستعير في الاستعمال في العارية عامل لنفسه، وإن كان بأمر المعير، ولهذا كان قرار الضمان على المستعير، وإذا صار عاملاً لنفسه فيما صنع الأمر به، لم يصر منقولاً إلى الآمر، وإذا لم يصر فعله منقولاً إليه، لا في حق الكيل، ولا في جعله في الغرائر، صار الحال بعد الأمر كالحال قبله، وقبل الأمر لا يصير قابضاً للدين، فكذا هنا، بخلاف شراء العين؛ لأن هناك فعل البائع بعد الكيل وجعل الحنطة في غرائر المشتري صار منقولاً إلى المشتري؛ لأن البائع في جعل الحنطة في غرائر المشتري عامل للمشتري؛ لأنه يضع ملكه في ملكه، وبعد ذلك به، وكان عاملاً له، فانتقل فعل البائع إلى المشتري حكماً، وصار كأن المشتري فعل ذلك بنفسه، فبهذا صار قابضاً.

١١٤٤٦ - وعلى هذا قلنا: إذا دفع العين إلى المشتري فأمره بالطحن فطحن، فيصير المشتري قابضاً، ولو في الدين لا يصير؛ لأن الأمر بالطحن من المشتري قد صح؛ لأنه لاقى ملك المشتري، فيصير فعل البائع إليه، ولو أمر بالطحن في الدين فلم يصح؛ لأنه لاقى ملك المديون، فلم ينتقل فعله إلى صاحب الدين.

وإذا ثبت من مذهب محمد رحمه الله تعالى أن المشتري لم يصر قابضاً للدين في هذه

الصورة، بقي دين المشتري على البائع على حاله، ويبقى الكر في الجوالق على ملك البائع، ولكن صار قابضاً للدين على مذهبه، على ما مر، وصار البائع خالطاً ملك المشتري بملك نفسه بأمر المشتري، فكانا شريكين فيه.

١١٧٧٧ - ولو أحدث المشتري في المبيع عيباً، أو أحدث البائع بأمره، فهو قبض من المشتري، أما إذا أحدث المشتري، فلأن هذا لا يتأتى إلا بالاستيلاء على المحل [وذلك قبض حقيقة في إثبات القدرة على المحل](١)، وأما إذا فعل البائع بأمره، فلأن فعل غيره بأمره كفعله بنفسه، وكذلك لو أعتقه المشتري، أو دبره، أو أقر أن الجارية أم ولد له، فهو قبض من المشتري، أما الإعتاق فلأنه إبطال المحل(٢) حكماً، فيعتبر بالإتلاف حقيقة [وما عدا الإعتاق من التدبير والإقرار بأمية الولد، ينتقص حكماً، فيعتبر بالتنقيص حقيقة](٣)، وهو التعييب.

١١٧٧٨ - ولو زوج المشتري الأمة [المشتراة] قبل القبض من إنسان، فالقياس أن يكون قابضاً بنفس النكاح، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، وفي الاستحسان: لا يصير قابضاً ما لم يطأها الزوج، وهذا لأن النكاح ليس بتعييب من حيث [إتلاف] الملك وتنقيص المالية، بل هو تعييب حكمي من حيث قلة رغبات الناس، فهذا في معنى نقصان السعر، بخلاف الإعتاق والتدبير؛ لأن ذلك إتلاف الملك وتنقيص المال، فلهذا افترقا، فإذا وطئها الزوج الآن، يصير قابضاً؛ لأن الوطء استيلاء على المحل، وهذا فعل الزوج بتسليط المشتري، فيصير كأنه فعل المشتري بنفسه.

١١٧٧٩ - فرع على مسألة النكاح في «المنتقى» فقال: رجل اشترى من رجل جارية، وزوجها من رجل قبل القبض، وماتت الجارية قبل أن يدخل بها الزوج، ينتقض البيع، ويموت من مال البائع، بناء على ما قلنا: إن المشتري بنفس النكاح لم يصر قابضاً، فإذا ماتت [فقد] ماتت قبل القبض، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب انتقاض البيع [ثم] قال: ويكون المهر الذي على الزوج للمشتري، وعليه حصته من الثمن، يقسم الثمن على المهر وعلى قيمة الجارية، فما أصاب المهر من الثمن لزمه، ويتصدق [بالفضل] إن كان في المهر فضل، قال: والمهر في هذا بمنزلة الولد، ولا يشبه المهر الهبة.

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٢) وفي النسخة م: فلأنه إبطال المحل حكماً.

(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

ولو وهب للجارية هبة، فإن الهبة لا حصة لها في الثمن، قال: لأن المهر من الجارية، ألا ترى أن الجارية المرهونة[1] إذا وطئت، كان المهر رهناً معها، ولو وهبت هبة، كانت الهبة للراهن[2]، ولم تكن رهناً.

١١٧٨٠- قال ثمه أيضاً: رجل اشترى من رجل عبداً بجارية، فلم يتقابضا حتى زوج المشتري الجارية من إنسان بمائة درهم، ثم مات العبد في يد البائع قبل أن يدفعه إلى مشتري العبد، فإن العقد ينتقض فيما بينهم، ورجعت الجارية إلى الذي كانت له، ومهرها له، ويرجع الذي كانت الجارية له على مشتريها بقدر النقصان، قال: ولا يكون نكاح المشتري إياها قبضاً منه لها، وإن كان هذا عيباً، فليس بعيب في بدنها، ألا ترى أن المشتري لو أقر بدين عليها في يد البائع قبل القبض جاز إقراره عليه، وكان ذلك عيباً أحدثه فيها، ولم يصر به قابضاً لها، فكذلك الطريق إلا ما قلنا.

١١٧٨١- وذكر هذه المسألة في موضع آخر من المنتقى، وزاد في وضعها: فقال: رجل اشترى من رجل جارية بعبد، فقبل أن يقبض المشتري الجارية زوجها المشتري [من رجل] بمائة درهم، وقد كانت الجارية تساوي قبل التزويج ألفي درهم، فنقصها التزويج خمسمائة، ثم وطئها الزوج في يد البائع، ثم مات العبد قبل التسليم إلى مشتريه، قال: المهر للذي باعها، ويكون له الخيار إن شاء أخذ جاريته ناقصة، ولا شيء له غيرها، وإن شاء ضمن [مشتريها قيمتها] يوم وطئها الزوج [لأن ذلك اليوم هو اليوم الذي قبضها فيه المشتري، وهذا][3]؛ لأن بموت العبد قبل القبض فسد البيع في الجارية، والمبيع بيعاً فاسداً مضمون على المشتري بقيمته يوم القبض، ويوم قبض المشتري يوم وطء الزوج إياها، ولو كان المشتري زوجها من البائع قبل القبض، فوطئها الزوج، ثم مات العبد قبل التسليم، فإن بائع الجارية إن شاء سلم الجارية لمشتريها منه، وضمنه قيمتها يوم وطئها هو بحكم النكاح من قبل أن المشتري صار قابضاً لها بوطء الزوج، ولا يغرم البائع مهر مثلها للمشتري، وإن شاء بائع الجارية نقض البيع فيها، وأخذ جاريته من المشتري، وفسد النكاح، وبطل المهر، و[الخيار] في نقض البيع فيها، وتركها إلى بائعها، دون مشتريها، وينتقض البيع بنقضه، وإن لم ينقضه القاضي، ألا يرى أن في البيع

(١) وفي النسخة ظ: أن الجارية المرهونة.

(٢) هكذا في النسختين م و ف، وكان في الأصل والنسخة ظ: للواهب مكان للراهن.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من النسخة م.

بطريق الوديعة أو العارية، كان له أن يسترده، وإذا أسقط حقه وصار كمال حقه إليه، ولم يوجد، ولو وجد المقبوض رصاصًا، أو ستوقًا، أو مستحقًا، كان له أن يسترد المبيع. وإن قبضه المشتري بإذنه، بخلاف الزيوف، والفرق أن إذن البائع في القبض كان بناء على ما يوجد من الاستيفاء، وقبض الستوق والرصاص لا يصلح للاستيفاء؛ لأن الستوق ليس من جنس حقه [أصلًا]، ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم لا يجوز، وإذا لم يصلح استيفاء، والإذن كان بناء على الاستيفاء، صار وجود الإذن والعدم بمنزلة، وكذلك قبض المستحق موقوف على إجازة المالك، فإذا لم يجز انتقض القبض به من الأصل، فصار الحكم فيه بعد عدم الإجازة نظير الحكم في الستوق والرصاص.

١١٧٨٩ - فإن لم يجد البائع شيئًا مما ذكرنا في الثمن [حتى] باع المشتري العبد، أو آجره، أو رهنه، وسلمه، ثم إن البائع وجد في الثمن شيئًا مما ذكرنا، فجميع ما صنع المشتري في العبد جائز، لا يقدر البائع على رده، ولا سبيل له على العبد، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا وجد الثمن زيوفًا أو نبهرجة، وذلك لأن حق البائع في الحبس قد بطل، حتى لم يكن له أن ينقض قبض المشتري قبل وجود التصرف من المشتري، فلا يكون له نقض تصرفه أيضًا، كما لو أذن له في القبض مرسلًا، واستوفى الثمن بتمامه، مشكل فيما إذا وجد الثمن رصاصًا، أو ستوقًا، أو مستحقًا؛ لأن حق البائع في الحبس في هذه الصورة لم يسقط؛ ألا يرى أن له أن ينقض قبض المشتري، فكان له أن ينقض تصرفه أيضًا، كما لو قبض بغير إذنه، والجواب أن قبض المشتري في هذه الصورة وقع فاسدًا؛ لأن شرط صحته أن يكون بإذن البائع من كل وجه، وهنا قبض المشتري حصل بغير إذن البائع من وجه باعتبار المعنى، وبإذنه من وجه باعتبار الحقيقة، فيعتبر القبض الفاسد بالبيع الفاسد، وفي البيع الفاسد إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع كان له أن ينقض قبضه بحكم الفساد، ومتى تصرف فيه، لا يكون له أن ينقض تصرفه؛ لأنه حصل بتسليطه، ومتى قبض المبيع بغير إذن البائع، كان للبائع أن ينقض قبضه بحكم الفساد، وكان له أن ينقض تصرفه؛ لأنه لم يحصل بتسليطه، فكذا ههنا، متى كان القبض فاسدًا، وقد حصل بإذن البائع، كان للبائع نقض قبضه بحكم الفساد، ولا يكون له نقض تصرفه، ومتى حصل بغير إذن البائع كان للبائع نقض قبضه، ونقض تصرفه أيضًا، وإن كان البائع حين علم بقبض المشتري بغير إذنه في هذه الصورة، سلم ذلك، ورضي به، والباقي[١]

(١) في ب: "وفي المسألة بحالها" مكان "والباقي بحاله".

بحياله، كان هذا مثل إذنه في القبض في الابتداء؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، ودلت المسألة على أن الإجازة تلحق الأفعال، كما تلحق العقود.

١١٧٩٠ - قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع: وإذا اشترى الرجل مصراعي باب، أو خفين، أو نعلين، فقبض أحدهما، بغير إذن البائع، ولم يقبض الآخر، حتى هلك ما كان عند البائع، هلك من مال البائع، فلم يجعل قبض أحدهما قبضاً للآخر، ثم قال: ويتخير المشتري في المقبوض، فقد جعلهما في حق الخيار كشيء واحد، ولو قبض أحدهما، فاستهلكه، أو عيبه، صار قابضاً للآخر، حتى لو هلك الآخر عند البائع قبل أن يحدث البائع حبساً، أو منعاً، هلك على المشتري.

ولو منعه البائع بعد ذلك، ثم هلك، هلك على البائع، حتى سقط من الثمن بحصته، فجعلهما كشيء واحد في الاستهلاك والتعييب في حق الاسترداد جعلهما بمنزلة العبدين والثوبين، حتى لم يجعل استرداد البائع أحدهما كاستردادهما.

١١٧٩١ - ولو جنى البائع على أحدهما بإذن المشتري، صار قابضاً لهما، حتى لو هلكا [بعد ذلك هلكا] من مال المشتري، ولو منع البائع أحدهما بعد ذلك، أو منعهما، كان عليه قيمة ما هلك.

١١٧٩٢ - ولو أذن البائع للمشتري في قبض أحدهما كان إذناً في قبضهما حتى لو قبضهما، ثم استرد البائع أحدهما ليحبسه بالثمن، صار غاصباً، ولو رأى المشتري أحدهما فرضيه، لم يلزمه، حتى لو رأى الآخر، كان له أن يردهما بخيار الرؤية.

١١٧٩٣ - ولو جاء أجنبي، واستهلك أحدهما، كان لصاحبه أن يدفع إليه الآخر، ويضمنه قيمتهما.

والأصل في هذه المسائل: أن القبض فعل حسي يلاقي الصورة، والمعنى فيه تابع، فاعتبرا فيه بالثوبين والعبدين، فأما الخيار فإنما يثبت باعتبار نقصان في مالية القائم، فإن هلاك أحدهما يوجب نقصاناً في مالية القائم، والهلاك كان في ضمان البائع، فجعل كأن النقص من مال القائم حصل في ضمان البائع، والتعييب ينقص المالية، والاستهلاك يفوت المالية، وهما في المالية كشيء واحد، فأوجب[1] ذلك تعييباً في الآخر، فصار الآخر مقبوضاً بحكم التعييب، واسترداد البائع يلاقي الصورة، فاعتبرا فيه بالثوبين. والإذن [في] قبض أحدهما إنما

---

(١) هكذا في الأصل، وفي النسخة "ظ": فأوجب، وهو الصحيح

كان لاتصال المشتري إلى منفعة ملكه، وصارا فيه كشيء واحد، وجناية البائع بإذن المشتري بمنزلة جناية المشتري بنفسه، لكن برضى البائع، وجناية المشتري بنفسه على أحدهما بإذن البائع قبض منهما بإذن البائع؛ لأن ذلك تعييب، أو إتلاف المالية، وهما في ذلك كشيء واحد، فيوجب ذلك قبض الآخر، وبطلان الحبس لرضى البائع بقبضهما. وكذا جناية البائع بإذن المشتري على أحدهما، فإذا منع البائع بعد ذلك، صار غاصبًا. والغصب يلاقي الصورة، فاعتبروا فيه بالثوبين والعبدين، فلم يصر غصب أحدهما غصبًا للآخر، وخيار الرؤية إنما يثبت باعتبار الجهل بأوصاف المعقود عليه، فإنه يبطل بالعيان الذي يدرك به معرفة الأوصاف، والعيان يلاقي الصورة، فاعتبر فيه بالثوبين؛ وإذا أحدث عيبًا بأحدهما، فذلك يوجب نقصانًا في مالية الآخر، فيبطل خيار العيب والرؤية فيهما؛ لأن شرط الرد بخيار الرؤية وخيار العيب الرد على الوجه الذي خرج عن ملك البائع، واستهلاك الأجنبي أحدهما يوجب نقصانًا وإخلالًا في مالية الآخر، فكان بمنزلة من عيَّب دابة غيره، أو ثوب غيره عيبًا فاحشًا، وهناك كان لصاحبه أن يضمنه قيمة الكل، ويسلم إليه المعيب، كذا هنا.

١١٧٩٤ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم، ولم ينقد ثمنها حتى قبضها بغير إذن البائع، وباعها من رجل بمائة دينار، وتقابضا، وغاب المشتري الأول، وحضر بائعه، وأراد استرداد الجارية من المشتري الآخر، فإن أقر المشتري الآخر أن الأمر كما وصفه البائع الأول، كان للبائع الأول أن يستردها منه؛ لأن المشتري الآخر أقر [بثبوت] حق الاسترداد للبائع الأول في ملكه، فيصح إقراره، وإذا استردها بطل البيع الثاني؛ لأن البيع الأول أبطل قبض المشتري الأول بحق سابق على قبضه، فانتقض قبضه من الأصل، وإن كذب المشتري الآخر البائع الأول فيما قال، أو قال: لا أدري أحق ما قلت أو باطل، فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب؛ لأن الجارية صارت مملوكة للمشتري الآخر، والبائع الأول مقر بذلك، ثم هو يدعي على البائع حقًا، فلا يصدق إلا بحجة، والحجة لا تسمع على الغائب، إلا إذا كان عنه خصم حاضر، والمشتري الثاني ليس بخصم عن الأول، فإن حضر الغائب، وصدق البائع الأول فيما قال، لا يصدق على المشتري الآخر، وإن كذبه، فقال للبائع الأول: أقم البينة على ما ادعيت، فإن أقام البينة بمحضر من المشتري الأول والثاني، يردها القاضي على البائع، وانتقض البيع الثاني، ظاهر، إلا أن ينقد المشتري الأول الثمن قبل الرد على البائع الأول، فحينئذ لا يردها القاضي على البائع الأول؛ لأن حق البائع الأول في الاسترداد ليس بمقصود، وإنما يثبت له حق الاسترداد حبسًا للجارية بالثمن، فإذا

مسلم له الثمن، أو بقي له حق الاسترداد، بقي مقصودا، وهذا مما لا وجه له، وإن نقد المشتري الأول الثمن بعد ما أخذها البائع الأول، سلمت الجارية للمشتري الأول، ولم يكن للمشتري الآخر عليها سبيل؛ لأن شراءه قد انتقض على ما مر، فلا يعود إلا باستئناف جديد، ولم يوجد.

١١٧٩٥ - ولو ماتت الجارية في يد المشتري الآخر، كان للبائع الأول أن يضمن المشتري الآخر قيمتها؛ لأن للبائع الأول على الجارية يدا مستحقة لأجل الحبس، فصار المشتري الثاني بقبضه جانيا على البائع الأول، فصار كالغاصب، وهكذا المشتري الأول، إلا أن قبض المشتري الأول أوجب تأكد الثمن عليه للبائع الأول، فلا يوجب القيمة عليه، أما قبض المشتري الآخر لا يوجب الثمن عليه للبائع الأول، ويمكن إيجاب القيمة عليه للبائع الأول، وتكون القيمة المردودة على البائع الأول قائمة مقام الجارية، حتى لو هلكت عند البائع الأول، انتقض البيعان، ويرجع المشتري الآخر على المشتري الأول بما نقد له من الثمن، كما لو هلكت الجارية بعد الاسترداد في يد البائع الأول.

١١٧٩٦ - ولو لم تهلك القيمة في يد البائع الأول، حتى نقد المشتري الأول الثمن، أخذ القيمة من بائعه، ولم يكن للمشتري الثاني على القيمة سبيل، كما لم يكن له على الجارية في [مثل] هذه الصورة سبيل، ويرجع المشتري الثاني على المشتري الأول بالثمن الذي نقده، وإذا سلمت القيمة للمشتري الأول، ينظر إن كان من غير جنس الثمن، لا يتصدق بشيء آخر، وإن كان من جنس الثمن، يتصدق بالفضل إن كان ثمة فضل.

١١٧٩٧ - قال في «الجامع» أيضا: رجل اشترى من رجل ثوبا بعشرة، ولم يقبضه حتى أحدث فيه عيبا، يعني المشتري، أحدث فيه عيبا بنفسه، حتى صار قابضا على ما مر، ثم هلك الثوب في يد البائع، فإن هلك قبل أن يمنعه البائع، هلك من مال المشتري، وإن هلك بعد ما منعه البائع، هلك من مال البائع، وهذا لأن المشتري صار قابضا للثوب، وإنما ينتقض قبضه بالاسترداد، وبمجرد كون المال في يد البائع لا يصير البائع مستردا، ألا ترى أنه لا يصير غاصبا بهذا القدر، فكذا لا يصير مستردا، فبقي قبض المشتري على حاله، فإذا هلك، هلك من مال المشتري، وأما إذا منعه البائع، فقد صار مستردا، ألا ترى أنه يصير غاصبا مال الغير بمجرد المنع عنه، فكذا يصير مستردا، فانتقض قبض المشتري، وعاد الثوب إلى ضمان البائع، فإذا هلك هلك من مال البائع، وبطل الثمن عن المشتري إلا قدر ما انتقص بفعل المشتري، فإن ذلك القدر يتقرر على المشتري؛ لأنه لم يوجد الاسترداد لذلك القدر، لكونه هالكا.

١١٧٩٨ - وإن كان الثوب على عاتق البائع، أو في حجره، فعيّبه المشتري، ثم هلك من غير فعل أحد، فهلاكه على المشتري؛ لأن كون الثوب على عاتقه، أو في حجره [لا يصلح أن يكون غصبًا، ولهذا لو هبت الريح بثوب إنسان، وألقته على عاتق إنسان، أو في حجره][1] لا يصير غاصبًا، فلا يصير البائع به مستردًا.

١١٧٩٩ - وكذلك لو كان البائع ممسكًا لدابة؛ لأن مجرد إمساك الدابة لا يصلح غصبًا، ولهذا جاز للبائع أن يفعل ذلك بالدابة ليبيعها، وما يصير الإنسان به غاصبًا، لا يحل للبائع أن يفعل ذلك في المبيع، ولو كان لابسًا الثوب، أو راكبًا الدابة، فأحدث المشتري فيه عيبًا ينقصه، ثم لم يحبسه البائع، حتى هلك، هلك من مال البائع؛ لأن دوام الركوب واللبس يصلح غصبًا، ولهذا لو استعار ثوبًا، فدام على اللبس بعد ما مضى اليوم، يصير ضامنًا، وكذا دوام الركوب على هذا، فصار البائع مستردًا للدابة والثوب.

١١٨٠٠ - ولو كانت دارًا، فهدم المشتري حائطًا منها، حتى صار قابضًا، ثم إن البائع سكن الدار بعد ذلك، لا يصير البائع به مستردًا [عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر؛ لأن السكنى لا تصلح غصبًا موجبًا للضمان عندهما، فلا يصير البائع به مستردًا][2]، وعند محمد رحمه الله تعالى، وهو قول أبي يوسف الأول: السكنى تصلح غصبًا للعقار، فيصير البائع مستردًا، فبطل الثمن عن المشتري إلا حصة ما هدم، وصار الحاصل أن المشتري إذا قبض المبيع بغير إذن البائع، فإنما يصير البائع مستردًا بما يصير به غاصبًا مال الغير، حتى إن مجرد التمكن والتخلية لا يصير مستردًا، وهذا بخلاف المشتري، فإن المشتري بمجرد التمكن والتخلية يصير قابضًا، والفرق أن التسليم مستحق على البائع، فيجب تعليقه بما في وسعه، وهو التمكن والتخلية، حتى لا يبقى في عهدة المستحق، أما التسليم غير مستحق على المشتري بعدما قبض المبيع بغير إذن البائع، ألا ترى أنه ليس للبائع يد مستحقة على المبيع، إنما على المشتري تسليم الثمن، فلو علقنا التسليم بحقيقة الأخذ، لا يبقى المشتري في [عهدة] المستحق.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع آخر منه:

١١٨٠١ - إذا باع الرجل من غيره شيئًا هو في يد ذلك الغير، والأصل في هذا النوع من المسائل أن القبضين إذا تجانسا تناوبا؛ لأن التجانس دليل المماثلة، والمتشابهان ينوب كل واحد منهما عن صاحبه. وإذا تغايرا، ناب الأعلى عن الأدنى؛ لأن في الأعلى ما في الأدنى، ويوجد القبض المحتاج إليه، وزيادة شيء، والأدنى لا ينوب عن الأعلى؛ لأن الأدنى من الأعلى قدر بعضه، ونحتاج إليه كله.

١١٨٠٢ - والقبض المستحق بالشراء أن يقبض المشتري لنفسه قبضًا موجبًا ضمان نفسه، وهو قيمة العين. أما القبض لنفسه لأنه متملك بالشراء، والمتملك في القبض يكون قابضًا لنفسه، وأما موجب ضمان نفسه؛ لأنه ملك بعقد المعاوضة، فيكون بعوض، والعوض الأصلي للعين قيمته، إلا أنه يصار إلى المسمى قطعًا للمنازعة، ويكون المسمى قيمة اصطلاحية قائمة مقام قيمة العين، كما في باب النكاح، فإن منافع البضع مضمونة بمهر المثل بقضية الأصل، وإنما يصار إلى المسمى قطعًا للمنازعة، كذا ههنا.

١١٨٠٣ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير»: رجل غصب من آخر جارية، أو إناء فضة، ووضعه في بيته، ثم لقيه، واشتراه منه بمائة دينار، ونقد الثمن، وليس الإناء بحضرتهما، صار المشتري قابضًا بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن يصل المشتري إلى بيته، هلك من مال المشتري؛ لأن قبض المشتري قبل الشراء كان لنفسه، وإنه موجب ضمان لنفسه، وهو قيمة العين، وكان مجانسًا للقبض المستحق بالعقد، فناب عنه.

١١٨٠٤ - ولو أراد البائع أن يسترد الجارية من المشتري ليحبسها بالثمن، لم يكن له ذلك؛ لأنه لما أوجب العقد مع علمه بقيام قبض ينوب عن القبض المستحق، وذلك يسقط حقه عن العين، صار راضيًا بسقوط حقه عن الحبس.

١١٨٠٥ - ولو كان العين وديعة في يد المشتري، أو عارية، فاشتراه، لا يصير قابضًا بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن يقبض المشتري، هلك من مال البائع؛ لأن قبض الوديعة والعارية قبض أمانة، وقبض المشتري قبض ضمان، فكانا متغايرين، وقبض الأمانة أدنى فلا ينوب عن قبض الشراء، ومعنى آخر يختص بالوديعة أن المودع قابض لغيره، والمشتري قابض لنفسه، والقبض الواقع للغير كيف ينوب عن المستحق لنفسه، وبه فارق قبض الغصب[1]، فإن

(١) هكذا في النسختين [illegible]، وكان في الأصل: العين، وفي النسخة [illegible] وبه فارق قبض الغاصب.

ذهب المودع، أو المستعير إلى العين، وانتهى إلى مكان يتمكن من أخذه الآن، يصير المشتري قابضاً له بالتخلية، فإذا هلك بعد ذلك، يهلك من مال المشتري، فإن فعل المشتري في فصل الوديعة والعارية ما يكون قبضاً منه، ثم أراد البائع أن يحبسها بالثمن لم يكن له ذلك؛ لأنه لما باعه منه مع علمه أن المبيع في بيت المشتري، وهو يتمكن من القبض، يصير راضياً بقبض المشتري دلالة، وقبض المشتري برضى البائع يسقط حقه في الحبس، فإن أخذها البائع من بيت المودع قبل أن يصل إليه يد المودع، كان له ذلك؛ لأن البائع إنما يصير راضياً بقبض المشتري بطريق الدلالة، والإذن دلالة لا يمكن إثباته مع المنع صريحاً.

١١٨٠٦ - ولو كان المبيع بحضرتهما، فباعه منه، لم يكن للبائع حبسه؛ لأن بيعه منه رضا منه بالقبض دلالة، فمتى كان المبيع بحضرته، وذلك يصلح قبضاً جديداً، يثبت القبض بحكم الشراء برضا البائع، فلا يكون للبائع حق الحبس.

١١٨٠٧ - ولو كان العين رهناً في يد المشتري، فالمشتري لا يصير قابضاً له بنفس الشراء؛ لأن قبض الرهن في حق العين قبض أمانة، والضمان الذي يثبت ضمان استيفاء الدين، فإن المرتهن بعقد الرهن يصير مستوفياً الدين بالعين في حق ملك اليد والحبس، والاستيفاء يعتمد المجانسة، ولا مجانسة بين العين والدراهم من حيث العين، وإنما المجانسة بينهما من حيث المالية، فكان القبض في حق العين قبض أمانة، وقبض المشتري قبض ضمان في حق العين؛ فلا ينوب قبض الرهن عنه، فلا يصير قابضاً بنفس الشراء، فإذا ذهب إلى بيته، أو انتهى إلى مكان يتمكن من قبضه حقيقة الآن يصير قابضاً بالتخلية.

١١٨٠٨ - وإذا اشترى إبريق فضة بمائة دينار، وقبض المشتري الإبريق، ولم ينقد الدنانير حتى افترقا، وبطل الصرف لعدم قبض أحد البدلين في المجلس، كان على المشتري رد الإبريق على البائع، فإن وضع المشتري الإبريق في بيته، ولم يرده حتى لقي البائع، فاشترى الإبريق منه شراء مستقبلاً بدنانير، ونقده الثمن، ثم تفرقا، فالبيع جائز، ويصير قابضاً للإبريق بنفس الشراء؛ لأن الإبريق بعد بطلان عقد الصرف مضمون بضمان نفسه، ولهذا لو هلك قبل التسليم إلى البائع، يهلك مضموناً بالقيمة، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض المشتري، فحصل الافتراق بعد قبض البدلين، فلا يبطل الصرف.

١١٨٠٩ - ولو اشترى رجل من رجل عبداً بألف درهم وتقابضا، ثم تقايلا، ثم إن المشتري اشتراه ثانياً من البائع قبل أن يسلمه إلى البائع، حتى صح الشراء على ما مر، لا يصير المشتري قابضاً بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن يجدد المشتري قبضاً يهلك بالعقد الأول،

فيبطل الإقالة والبيع الثاني؛ لأن هذه الإقالة في هذه الصورة مضمون على المشتري بالثمن، حتى لو هلك في يد المشتري قبل التسليم إلى البائع بطل الإقالة، ويعود حكم العقد الأول حتى يلزمه الثمن، ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض الشراء.

١١٨١٠ - ولو اشترى رجل من رجل غلامًا بجارية، وتقابضا، وجعل كل واحد منهما ما اشترى في منزله، ثم تقايلا، ثم اشترى أحدهما من صاحبه ما كان له قبل أن يدفعه إليه، حتى جاز الشراء، صار المشتري قابضًا له بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن تصل يده إليه هلك على المشتري بالشراء الثاني، ولم يبطل الإقالة؛ لأن كل واحد منهما بعد الإقالة مضمون على قابضه بالقيمة، حتى لو هلك أحدهما قبل الرد لا تبطل الإقالة، وكان على الذي هلك في يده قيمته، وهذا لأن في بيع العرض بالعرض يصح ابتداء الإقالة بعد هلاك أحدهما، فأولى أن تبقى الإقالة بعد هلاك أحدهما، وإذا لم يبطل الإقالة بهلاك أحدهما، لا يعود حكم العقد الأول، فبقي مضمونًا ضمان نفسه، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء، بخلاف الفصل الأول، وهو ما إذا اشترى بدراهم؛ لأن هناك محل الإقالة والإقالة لا يبقى بعد فوات محله، فبطل الإقالة بهلاك العبد، ويعود حكم العقد الأول، وكان العبد مضمونًا بالثمن، أما هاهنا بخلافه.

هذا إذا تقايلا والعبد مع الجارية قائمين، فأما إذا تقايلا العبد بعدما هلك العبد بعد التقابض، صحت الإقالة، ووجب على مشتري العبد قيمة العبد، وإن اشترى من في يده الجارية في هذه الصورة الجارية من بائعها قبل أن يدفعها إليه، ولم تصل الجارية بحضرتهما، ثم ماتت الجارية بعد الشراء الثاني قبل أن يجدد المشتري لها قبضًا، هلكت بالشراء الأول، وبطلت الإقالة والشراء الثاني؛ لأن الجارية بعد هلاك العبد مضمونة على المشتري بغيرها، وهو قيمة العبد، حتى لو هلكت بعد الإقالة قبل الشراء الثاني هلكت بقيمة العبد، ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض المشتري.

١١٨١١ - ولو كانا تقابضا بعد الإقالة، ثم اشترى كل واحد منهما من صاحبه ما في يده بدراهم، ثم هلكا معًا، أو على التعاقب، هلك كل واحد منهما من مال من اشتراه؛ لأن كل واحد منهما مضمون بضمان نفسه، ولهذا لو هلك أحدهما بعد الإقالة قبل الشراء يجب قيمته، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء.

١١٨١٢ - ولو اشترى جارية بدراهم على أن المشتري فيه بالخيار ثلاثة أيام، وتقابضا، ثم فسخ المشتري البيع بخيار الشرط، فلم يردها على البائع حتى اشتراها منه شراء مستقبلاً،

نوع آخر

في تصرف أحد المتعاقدين [في المبيع] قبل القبض:

١١٨١٥ - إذا أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملاً، فإن كان ذلك العمل لا ينقصه، مثل القصارة والغسل بأجر، أو بغير أجر، لم يصر قابضاً، والأجرة واجبة، وإن كان ذلك العمل مما ينقصه، فهو قبض، والفرق وهو أن العمل إذا كان ينقصه، فهو استهلاك الجزء من المبيع، وذلك غير مملوك للبائع، فإذا حصل بأمر المشتري، صار كأن المشتري فعل بنفسه، فيصير قابضاً، فأما إذا كان لا ينقصه الفعل المأمور به، فذلك الفعل مملوك للبائع؛ لأنه فيما يرجع إلى نفس الثوب إمساك للثوب، وما يحدث في الثوب من الوصف بصفة من قصرة، أو غير ذلك، فذلك وصف زائد يتصل بالمبيع، حصل بإذن المشتري، فبقي تصرفه في المبيع إمساكاً، فيكون مقصوراً على الفاعل، فلا يصير به قابضاً، إلا أنه يجب الأجر؛ لأن هذا العمل غير مستحق على البائع، فصح ذلك البدل في مقابلته. هكذا ذكر في «شرح القدوري».

١١٨١٦ - وفيه أيضاً: لو أرسل المشتري العبد في حاجته، صار قابضاً؛ لأنه صار مستعملاً له، وبالاستعمال تثبت يد المستعمل على المحل، ألا ترى أن الأجنبي يصير به غاصباً، وطريقه ما قلنا، وكذلك لو أعاره المشتري أجنبياً، أو أودعه أجنبياً، يصير قابضاً؛ لأنه أثبت يد غيره على المحل، فيعتبر بما لو أثبت يد نفسه، وهناك يصير قابضاً، فكذا هنا.

١١٨١٧ - ولو أعاره المشتري البائع، أو أودعه إياه، أو آجره منه، فإن المشتري لا يصير قابضاً [به]؛ لأن يد البائع ثابتة على المحل للحبس، فلا يتصور ثبوتها بجهة أخرى مع قيام الأولى، وإذا بقيت اليد الأولى كما كانت، صار الحال بعد هذه التصرفات والحال قبلها سواء.

١١٨١٨ - وفي «الجامع»: إذا قال المشتري للبائع: قل للعبد يعمل لي كذا، فأمره البائع، فعمل، صار المشتري قابضاً؛ لأنه جعل البائع رسولاً، وعبارة الرسول تنتقل إلى المرسل، فكأن المشتري قال للعبد: اعمل كذا، فعمل، وهناك يصير المشتري قابضاً [وكذا هنا].

١١٨١٩ - ولو كان المشتري آجره من البائع شهراً، فاستعمله البائع بحكم الإجارة، لا يلزمه الأجر؛ لأن هذه إجارة فاسدة، وفي الإجارة الفاسدة إنما يجب الأجر باستيفاء المنافع إذا وجد التسليم إلى المستأجر، ولم يوجد التسليم هناك إلى المستأجر، إذ ليس للمشتري يد

التسليم، وهو اليد، إنما اليد للبائع، والبائع لا يصلح نائبًا عن المشتري في القبض، فلم يتحقق التسليم، فكيف يجب الأجر.

١١٨٢٠ - وفي «النوازل»: إذا اشترى عبدًا بثمن معلوم، فلم يقبضه حتى أمر البائع أن يؤاجره من إنسان معين، أو غير معين بأجرة، جاز، ويصير المشتري قابضًا له، والغلة التي يأخذها البائع تحسب من الثمن [لأن الأمر من المشتري] قد صح؛ لأنه صادف ملكه، والمستأجر ينتصب نائبًا عنه في القبض، فيصير قابضًا للمشتري أولا، ثم يصير قابضًا لنفسه بحكم العقد.

١١٨٢١ - وفي «العيون»: إذا اشترى غلامًا، فلم يقبضه حتى وهبه لرجل، أو رهنه، وأمره بالقبض [فقبض جاز، ولو أجره، وأمر المستأجر بالقبض][1] لم يجز، والفرق أن الهبة والرهن إنما يصح بعد التسليم، وعند التسليم يصير قابضًا، فيكون الرهن والهبة لاحقًا بعد قبض المشتري، ولا كذلك الإجارة.

١١٨٢٢ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر كر حنطة بعينه، وكر شعير بعينه، فلم يقبضه المشتري حتى خلطهما البائع، قال: يقوم كر من هذا يعني من المخلوط، وتقوم الحنطة قبل الخلط، ثم يقسم ثمن الحنطة على ذلك، ويحط عن المشتري ما دخل الحنطة من النقصان، ويأخذ المشتري الكر، ويأخذ الشعير بثمنه، وكذلك لو باعه رطلا من زيت[2]، ورطلا من بنفسج، فخلطهما، ولو باعه رطلا من زنبق، ومائة رطل من زيت، وخلط الزنبق بالزيت، فقد بطل في الزنبق البيع؛ لأن البائع استهلكه، وللمشتري أن يأخذ الزيت إن أحب، ويأخذ مائة رطل، وله الخيار فيه، وإن كان ذلك لم ينقصه.

ولو أن رجلا كال من خابية زيت عشرة أرطال، فاشتراها منه رجل، ثم يقبضها حتى خلطها البائع بما في الخابية، كان [المشتري] في أخذه بالخيار؛ لأن البائع خلطهما بغيره.

١١٨٢٣ - رجل باع من رجل عبدًا بألف درهم، فلم يقبضه المشتري حتى باعه البائع من رجل آخر، ودفعه إليه، فمات في يد المشتري [الثاني، أو وهبه له، ودفعه إليه، ومات في يده، أو أعاره إياه، ودفعه إليه، فمات في يده، فالمشتري][3] الأول بالخيار، إن شاء نقض

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٢) وفي ف و م: رطلا من زيتي.

(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

نوع آخر
فيما يلزم المتعاقدين من المؤنة في تسليم المبيع والثمن:

الأصل أن مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه وقت العقد، ولا يقتضي تسليمه في مكان العقد [هذا هو ظاهر] مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى؛ حتى إنه لو اشترى حنطة، وهو في المصر، والحنطة في السواد، يجب تسليمها بالسواد، ومن الناس من قال: يجب تسليمها حيث عقد العقد.

[وفي باب] السلم ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله تعالى: أن من اشترى قرّاً على نخل، فجذه على المشتري.

١١٨٢٧ - وفي "المنتقى": أنه إذا باعه مجازفة، فالجواب كذلك، وإذا باعه مكايلة، فعلى البائع أن يقطعه ويكيله، وكذلك قلع الجوز، وقلع الشلجم على المشتري، وكذلك قلع البصل على المشتري، هكذا ذكر في رواية ابن سماعة رحمه الله تعالى.

وذكر في "المنتقى": أن على البائع قلع نموذج قدر ما يراه المشتري، فإذا رضي به كان القلع على المشتري.

١١٨٢٨ - وفي "المنتقى": إذا اشترى حنطة في سفينة، فالإخراج على المشتري، وإذا كان في بيت، ففتح الباب على البائع، والإخراج من البيت على المشتري، وكذلك إذا باع حنطة في جراب، أو ثوباً في جراب، باع الحنطة والثوب دون الجراب، ففتح الجراب على البائع، والإخراج من الجراب على المشتري.

١١٨٢٩ - [وأجرة الكيال والوزّان] والذراع والعداد على البائع إذا باعه مكايلة، أو موازنة، أو مذارعة؛ لأن الكيل [أو الوزن] فيما يباع مكايلة، أو موازنة من تمام التسليم، والتسليم على البائع، فما يكون من تمام التسليم يكون عليه.

١١٨٣٠ - وفي "نوادر هشام": قال: سألت محمداً رحمه الله تعالى عمن اشترى شيئاً بدراهم [فعلى من الانتقاد] قد زعم المشتري أن دراهمه جياد، قال: القول قوله؛ لأن الدراهم كلها جياد، حتى يتبين لنا غير ذلك، فإن قال البائع: هي زيوفة، فالقول قول المشتري، وعلى البائع أن يجيء بالناقد، والأجرة عليه، وعن إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: أن الانتقاد على المستوفي، والوزن على الموفي، يريد به أن انتقاد الثمن على البائع، ووزن الثمن على المشتري.

١١٨٣١ - وفي "العيون": أن أجرة وزّان الثمن والناقد على المشتري، وكان الصدر

الفصل الرابع
في المسائل التي تتعلق بالثمن

١٨٣٥١ - قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف: إذا اشترى الرجل من آخر شيئاً بألف درهم وبمائة دينار، ولم يسم شيئاً، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون في البلد [نقد] واحد معروف. وفي هذا الوجه جاز العقد، وينصرف إلى نقد البلد بحكم العرف؛ لأن [العرف الظاهر أن] الناس يتبايعون بنقد البلد، والمعروف كالمشروط.

الوجه الثاني: إن كان في البلد نقود مختلفة، وإنه على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يكون الكل في الرواج على السواء، ولا فضل لبعضها على البعض. وفي هذا الوجه جاز العقد، وإن كان الثمن مجهولاً إذ لم يصر نقد من النقود معلوماً [لا] بحكم العرف، ولا بحكم التسمية، إلا أن هذه الجهالة لا يوقعهما في منازعة مانعة من التسليم والتسلم[1]. وإن كان لبعضها فضل على البعض، والكل في الرواج على السواء، كما في الغطارفة مع العدالي في الزمان السابق، لا يجوز البيع؛ لأن الجهالة هنا يوقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسليم[2]. وإن كان لبعضها فضل على البعض؛ إلا أن واحداً منها أروج، فإنه يجوز؛ لأن العقد ينصرف إلى الأروج.

١٨٣٦١ - وفي كتاب الصرف أيضاً: إذا اشترى الرجل مائة [فلس] بدرهم، فنقد الدرهم، ولم يقبض شيئاً من الفلوس حتى كسدت الفلوس، فالقياس أن لا ينتقض العقد، ويخير المشتري إن شاء قبضها كذلك، وإن شاء فسخ العقد، وأخذ الدرهم، كما لو تعيّب المبيع قبل القبض، وبالقياس [أخذ زفر، ووجه ذلك] أن بالكساد لم يهلك ما تعلق العقد به قبل القبض، بل تعيّب؛ لأن العقد في جانب الفلوس تعلق بها من حيث إنها ثمن، والفلوس صارت ثمناً بالاصطلاح[3]، وبالكساد لم يزل الثمنية من كل وجه، وإنما زالت من وجه؛ لأن

---

(١) هكذا في الأصل و"ب" و"ط"، وكان في النسختين "ف" و"م": والتسلم.

(٢) وفي النسختين: "ف" و"م": والتسلم.

(٣) وفي "م": باصطلاح الناس.

بعد الكساد لا يصلح ثمنًا باعتبار العدد، إنما يصلح ثمنًا باعتبار الوزن، فإن بعد الكساد يباع[1] وزنًا، والموزون يصلح ثمنًا، وإذا بقيت الثمنية من وجه][2] بقي ما تعلق به العقد، لكنه صار معيبًا من حيث إنه لم يبق ثمنًا باعتبار العدد، والعيب لا يوجب انتقاض البيع. إنما يوجب الخيار، كما لو تعيب المبيع قبل القبض. وكما لو اشترى شيئًا بقفيز رطب في الذمة، ثم انقطع أوانه، فهذا هو وجه القياس.

وفي الاستحسان: ينتقض العقد؛ لأن ما يتعلق العقد به من أحد البدلين فات، ولم يخلف بدلًا، فيوجب انتقاض العقد، كالمبيع إذا هلك قبل القبض، بيانه أن العقد][3] في جانب الفلوس تعلق بها من حيث إنها ثمن باعتبار العدد، وبالكساد بطلت الثمنية باعتبار العدد [فإن بعد الكساد يباع وزنًا، لا عددًا، وقوله: بلا خلاف إشارة إلى أن بعد الكساد][4] وإن كانت تباع وزنًا، والموزون يصلح ثمنًا، إلا أن الثمنية من حيث الوزن، لم يحدث بالكساد، حتى يجعل خلفًا عن الثمنية من حيث العدد [لأنها كانت ثابتة قبل الاصطلاح على كونها ثمنًا من حيث العدد][5]، وإنما زالت الثمنية من حيث الوزن بالاصطلاح على الثمنية من حيث العدد، فلما زال الاصطلاح على العدد، عادت الثمنية باعتبار الوزن الذي كان في الأصل لا بسبب الكساد، وليس كالمبيع إذا قتل وجبت القيمة؛ لأن هناك وجبت القيمة بسبب القتل؛ لأنها لم تكن واجبة قبل القتل، بل وجبت ابتداء بمقابلة المبيع، وكانت خلفًا عن المبيع، بخلاف ما نحن فيه، وبخلاف الرطب إذا انقطع أوانه؛ لأن هناك ما تعلق به العقد لم يهلك؛ لأن العقد يتعلق بالرطب من حيث إنه ثمن، وثمنية الرطب من حيث إنه مكيل، وقد بقي مكيلًا بعد الانقطاع، إلا أنه لا يوجد في أيدي الناس، والشراء بثمن ليس عنده حالة العقد، ولا عند آخر جائز، فإنه لو اشترى برطب، والرطب منقطع عن أيدي الناس يجوز، فلأن يبقى أولى.

١١٨٣٧ وإذا اشترى شيئًا بدراهم هي نقد البلد، ولم ينقد الدراهم حتى تغيرت، فإن كانت تلك الدراهم لا تروج اليوم في السوق، فسد البيع؛ لأنها هلكت، وإن كانت تروج؛

---

(١) في النسخة ظ: يباع.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة م، وفي النسختين ظ و ف: وإنما زالت من وجه؛ لأن بعد الكساد يباع وزنًا، والموزون يصلح ثمنًا، وإذا بقيت الثمنية من وجه.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة م.

ولكن انتقص قيمته، لا يفسد البيع، وليس للبائع إلا ذلك؛ لأنها لم تهلك.

وفي "عيون المسائل": أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان؛ لأنه حينئذ يصير هالكًا، ويبقى البيع بلا ثمن، فأما إذا كان لا تروج في هذه البلدة، وتروج في غيرها، فلا يفسد البيع؛ [لأنه لم يهلك، ولكنه تعيب، فكان للبائع الخيار، إن شاء قال: اعطِ مثل النقد الذي وقع عليه البيع][1]، وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير.

قالوا: وما ذكر في "العيون" مستقيم على قول محمد رحمه الله تعالى، أما لا يستقيم على قولهما، ويبقى على قولهما أن يكتفي بفساد البيع في كل بلدة بالكساد في تلك البلدة، بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين، عندهما يجوز اعتبارًا لاصطلاح [بعض الناس، وعند محمد لا يجوز، اعتبارًا لاصطلاح][2] الكل، والكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضًا.

١١٨٣٨- وذكر في كتاب الصرف: إذا اشترى فلوسًا بدراهم، ونقد الثمن، ولم يقبض الفلوس، حتى كسدت، بطل البيع استحسانًا، وإن كان قبض الفلوس، ولم يقبض الدراهم حتى كسدت الفلوس، فالبيع جائز، والدراهم دين على حالها؛ لأن العقد قد انتهى في الفلوس بالقبض، فهلاكها بالكساد لا يؤثر في العقد.

١١٨٣٩- ولو اشترى بفلوس فاكهة، أو غيرها، وقبض ما اشترى، ولم ينقد [الفلوس][3] حتى كسدت، بطل البيع استحسانًا.

وفي "القدوري": في باب استقراض الفلوس إذا كسدت، إذا اشترى بفلوس، وكسدت قبل القبض، فسد العقد في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما لا يفسد العقد.

وفي "المنتقى": إذا كسدت الفلوس قبل القبض، فعلى المشتري قيمة الفلوس في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وهذا إشارة إلى أن العقد لا يفسد على قوله، وذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الرهن مسألة تدل على أن البيع لا ينتقض بهلاك الفلوس قبل القبض.

وصورتها: رجل رهن من آخر فلوسًا تساوي عشرة بعشرة، فكسدت، فهي رهن على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٣) هكذا في النسخ الثلاثة التي عندنا، وكان في الأصل: الثمن.

حالها، حتى لو هلكت، هلكت بالمشتري، ولو كان الكساد بمنزلة الهلاك، لسقط الدين بمجرد [الكساد، كما لو هلكت حقيقة].

والمشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا في هذه المسألة: بعضهم قالوا: ينتقض البيع كما ذكر في كتاب الصرف، وبعضهم قالوا: لا ينتقض، واستدلوا بمسألة الرهن، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى يصحح رواية كتاب الصرف، والشيخ الإمام شيخ الإسلام يصحح رواية الرهن، وهذا القائل يقول: معنى قول محمد رحمه الله تعالى في كتاب البيع(١): بطل البيع: أنه يخرج من أن يكون لازمًا، حتى لا يجبر البائع على القبض، دفعًا للضرر عنه، أما لو اختار البائع الأخذ فله ذلك.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه إذا اشترى فلوسًا بدراهم أو دنانير، وكسدت الفلوس قبل القبض، بطل البيع، وإذا اشترى بالفلوس عينًا، فاكهة أو عرضًا، وكسدت الفلوس قبل القبض، لا يبطل البيع، والفرق أن الفلوس الرائجة ثمن، فبيع الفلوس والشراء بها بيع الثمن والشراء بالثمن، وبالكساد تصير مبيعة بمقابلة الدراهم والدنانير؛ لأن الدراهم والدنانير أثمان من كل وجه، فلو بقي ذلك البيع بقي بيعًا على المبيع، وإنه ما ورد على المبيع، فيبطل ضرورة، فأما بمقابلة العرض والفاكهة يمكن أن يجعل الفلوس الكاسدة ثمنًا؛ لأن العرض والفاكهة مبيع، والفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يمكن أن يجعل ثمنًا باعتبار أنه عددي متقارب، كالجوز ونحوه.

٦١٨٤ - وفي «المنتقى»: إذا اشترى فلوسًا بدراهم، وبدقيق بعينه، فقبض الدقيق والدراهم، ولم يقبض الفلوس حتى كسدت، فسد البيع في قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ينتقض البيع في حصة الدراهم، ويجوز في الدقيق بحصته، وعليه قيمة فلوس تلك الحصة من الدراهم، هذا إذا كسدت الدراهم أو الفلوس قبل القبض، فأما إذا غلت بأن ازدادت قيمتها، فالبيع على حاله، ولا يتخير المشتري، وإذا انتقصت قيمتها، ورخصت، فالبيع على حاله، ويطالبه بالدراهم بذلك العيار(٢) الذي كان وقت البيع.

وفي «المنتقى»: إذا غلت الفلوس قبل القبض، أو رخصت، قال أبو يوسف رحمه الله

---

(١) وفي م: في كتاب الصرف.

(٢) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل والتصحيح [illegible] ظ، م: العيار.

تعالى: قولي وقول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في ذلك سواء، وليس له غيرها، ثم رجع أبو يوسف، وقال: عليه قيمتها من الدراهم يوم وقت[1] البيع، ويوم وقع القبض، والذي ذكرنا من الجواب في الكساد: فهو الجواب في الانقطاع.

١١٨٤١- إذا انقطعت الدراهم عن أيدي الناس قبل القبض، فسد البيع عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق، فإن كان يوجد في يد الصيارفة في البيوت، قيل إذا كان يوجد في يد الصيارفة، فهو ليس بمنقطع، والأول أصح، وسيأتي جنس هذه المسائل في مسائل السلم إن شاء الله تعالى.

١١٨٤٢- وفي "المنتقى": قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: كل ما يكال أو يوزن إذا كان ثمناً بغير عينه، وقد انقطع عن أيدي الناس أن الطالب بالخيار، إن شاء أخذه[2] إلى الجديد، وإن شاء أخذ قيمة مبيعه، فقد حكم بفساد العقد حتى أوجب قيمة البيع، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن شاء أخره إلى الجديد، وإن شاء أخذ قيمة الثوب قبل انقطاعه[3] بلا فصل.

ولأبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا قول آخر: إن عليه قيمة الثمن يوم وقع البيع، وهو قوله الآخر، وعليه الفتوى، وكذلك الدراهم والفلوس إذا انقطع عن أيدي الناس قبل القبض، فللبائع قيمة الدراهم والفلوس يوم وقع البيع في قول أبي يوسف الآخر، وعليه الفتوى.

١١٨٤٣- وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "الأمالي": رجل اشترى من غيره[4] شيئاً بألف درهم غلة، والغلة يوم اشترى طبرية ويزيدية، فكسدت الطبرية، فإن عليه أن يعطيه سوى الطبرية ما يقع عليه اسم الغلة، وإن أبى واحد منهما أجبره عليه.

ولو باع سلعة بكذا ديناراً، حتى كان له نقد [بين] الناس، فكسدت صنف من الدنانير ما كان يجوز قبله، فله بعده من الدنانير ما يجوز بين الناس.

١١٨٤٤- ولو باع شيئاً بدراهم مسمّاة مكروهة، فكسد صنف من المكروهة، فإن عليه

---

(١) هكذا في الأصل، وفي النسخة "م": وقع، وهو الأوجه.

(٢) هكذا في الأصل، وفي النسخة "م": أخره، وهو الأوجه.

(٣) وفي نسخة "م": انقطاع بعده.

(٤) هكذا في النسختين: "ظ" و "م"، وكان في الأصل و "ف": فيه مكان غيره

المشتري الدراهم، فنقدها[1] البائع رجلاً، فانتقدها، فوجد فيها قليل نبهرجة، فاستبدل، وأراد أن يصرف في شراء الحوائج، فلم يأخذها أحد، وقالوا: كلها نبهرجة، إن كان أقر البائع أنها جيدة، لا يرد؛ لأنه متناقض، إلا إذا صدقه المشتري، وإن لم يكن أقر بذلك يرد؛ لأنه غير متناقض - والله أعلم -.

(١) وفي "ب" و"م": فأراها.

الفصل الخامس
فيما يدخل تحت البيع من غير ذكره صريحاً
وما لا يدخل تحته من غير ذكره صريحاً

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه:

١١٨٥٠ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير»: رجل اشترى منزلاً فوقه منزل، فليس له الأعلى إلا إذا قال: بكل حق هو له، أو قال: بمرافقه، أو قال: بكل قليل وكثير هو فيه أو منه.

واعلم بأن ههنا ثلاث مسائل: مسألة في بيع الدار، ومسألة في بيع المنزل، ومسألة في بيع البيت، ففي بيع المنزل الجواب ما قلنا، وفي بيع الدار يدخل العلو تحت البيع، وإن لم يذكر كل حق هو لها، أو ما أشبه ذلك، كما يدخل السفل وإن [لم يذكر] كل حق هو لها، أو ما أشبه ذلك.

وفي بيع البيت لا يدخل العلو تحت البيع إلا بالتنصيص عليه، وهذا لأن العلو بمنزلة البناء من وجه، وبمنزلة بيت آخر من وجه، من حيث إن قوام العلو بالسفل هو بمنزلة البناء؛ لأن قوام البناء(١) بالأرض، ومن حيث إنه يبنى لينتفع بنفسه، لا ليصير السفل منتفعاً به فهو كبيت آخر، بخلاف البناء، فإنه لا يبنى على الأرض لينتفع بنفسه، وإنما يبنى ليصير داخل البيت منتفعاً به، فيكون البناء تبعاً للأرض قواماً وانتفاعاً، فإذا كان العلو بينهما، كان يجب أن يوفر على الشبهين حظهما في المسائل كلها، فجعل العلو منزلاً بين منزلين في المسائل كلها، فقال: [متى] ذكر الحق يدخل العلو، وإن [لم يذكر] العلو نصاً، كالبناء يدخل من غير ذكره، ومتى لم يذكر الحق كبيت آخر، إلا أن العمل بالشبهين على هذا الوجه متعذر في المسائل أجمع، لما فيه من التسوية بين اسم الدار والبيت والمنزل في الاستتباع، ولا يجوز التسوية بين هذه الأسامي في الاستتباع؛ لأن معنى هذه الأسماء متفاوتة في العموم والخصوص، فإن اسم الدار أعم من اسم البيت والمنزل من حيث المعنى، فإن الدار مشتقة من الدوران [في موضع

---

(١) وفي النسخة ظ: لأن قوام البناء.

أدير عليه ، وكأن الاسم مأخوذ من الدوران ، ومن إدارة الحائط في الدوران][1] نزول كما في المنزل ، وبيتوتة كما في البيت ؛ لأن الدوران لا يكون بالليل ، كما يكون بالنهار ، و [اسم] المنزل أخص من الدار ؛ لأنه مأخوذ من النزول ، وليس في النزول دوران ، أما فيه بيتوتة ، إلا أنه أعم من البيت ؛ لأن البيت مأخوذ من البيتوتة ، والبيتوتة عبارة عن المقام بالليل ، والنزول عبارة عن المقام ليلاً ونهاراً ، فكان اسم الدار أعم من المنزل والبيت ، والمنزل أعم من البيت ، وأخص من الدار [والبيت أخص من الدار] والمنزل جميعاً ، فألحق العلو بالبناء [في الدار] حتى يظهر لاسم الدار ، وأنه أعم زيادة رتبة في الاستتباع [أيضاً ذلك المنزل ، ولا للبيت ، فاستتبع الدار العلو ، سواء ذكر الحق ، أو لم يذكر ، وفي المنزل][2] ، قلنا : إن ذكر الحق [يستتبع العلو] وإن لم يذكر الحق لا يستتبع العلو حتى يظهر نقصان رتبة المنزل في الاستتباع عن الدور ، وفي البيت قلنا : لا يدخل العلو إلا بالتنصيص عليه [ليظهر نقصان رتبة البيت في الاستتباع عن رتبة المنزل والدار جميعاً][3] .

وذكر محمد بن مقاتل الرازي في شروطه أن العلو إنما لا يدخل في بيع المنزل بذكر الحقوق والمرافق ، وبذكر كل قليل وكثير هو فيها ، ومنها إذا كان طريق الصعود إلى العلو في منزل الأسفل ، فأما إذا كان في غيره فلا أعرف عن أصحابنا رحمهم الله تعالى لهذا رواية ، ويحتمل أن لا يدخل ، ويدخل الكنيف الشارع في الدار في بيع الدار وإن لم يذكر بكل حق هو لها ؛ لأن الكنيف من حقوق الدار ؛ لأن قراره على الدار ؛ ولأن الدار اسم لما يرد عليه الحائط ، والحائط أدير على الكنيف ، فيكون الكنيف من الدار ، فيدخل تحت بيع الدار من غير ذكر .

١٨٥٦١ - وأما الظلة التي تكون على الطريق ، وهي [الساباط] التي أحد طرفيه على جدار هذه الدار ، وطرفه الآخر على جدار دار أخرى ، أو على الأسطوانات خارج الدار ، لا يدخل تحت بيع الدار ، إلا بذكر كل حق هو لها ، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ؛ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : يدخل وإن لم يذكر كل حق هو لها إذا كان مفتحها إلى هذه الدار ؛ لأن قرار هذه الظلة بالدار ، وكانت بمنزلة العلو والكنيف ، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن قرار أحد طرفي الظلة لما كان بالأسطوانات خارج الدار وبدار

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من النسخة م .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من النسخة م .

ذكر، وفي الإجارة تدخل هذه الأشياء من غير ذكر، والفرق أن الإجارة تعقد للانتفاع، ولهذا لا يجوز إجارة ما لا ينتفع به في الحال، كالمهر الصغير، والأرض السبخة، ولا يمكن الانتفاع بهذه الأشياء إلا بالطريق ومسيل الماء والشرب، والمستأجر لا يشتري هذه الأشياء عادة، ولا يجد ليستأجر.

١١٨٥٣ - ولو استأجر الطريق [الذي] لصاحب الدار لا يجوز، فدخلت هذه الأشياء في الإجارة تصحيحاً لها، فأما البيع فلا ينعقد للانتفاع عيناً، بل ينعقد للانتفاع، وتحصيل العين المتقوم ممكن بدون الطريق، فلا ضرورة إلى إدخاله في البيع، فلا يدخل إلا بالنص، أو بذكر الحقوق، أو بذكر المرافق، وأراد به الطريق الذي لا يدخل في بيع الأرض والدار من غير ذكر الطريق الخاص في ملك إنسان.

١١٨٥٤ - والطرق ثلاثة: طريق إلى الطريق الأعظم، وطريق إلى سكة غير نافذة، وطريق خاص في ملك إنسان، فالطريق الخاص في ملك الإنسان لا يدخل في البيع من غير ذكر، إما نصاً، وإما بذكر الحقوق أو المرافق، والطريقان الآخران يدخلان في البيع من غير ذكر، وكذا حق مسيل الماء في ملك خاص، وحق إلقاء الثلج في ملك خاص لا يدخل في البيع إلا بالذكر، إما نصاً، أو بذكر الحقوق والمرافق.

١١٨٥٥ - وإذا باع بيتاً من دار، ولم يذكر الطريق، ولا الحقوق، ولا المرافق حتى لم يدخل الطريق في البيع، فللمشتري أن يرده إذا قال: ظننت أن لي منفعة إلى الطريق، هكذا ذكر في «المنتقى»، يريد به أن البيت إذا كان لا يلي الطريق الأعظم حتى لا يمكنه أن يفتح [للبيت] باباً إليه، وقال: ظننت أن(*) وقت البيع أن البيت يلي الطريق الأعظم، ويمكنه أن يفتح باباً إليه، فله أن يرد البيت، وفي بعض الكتب لم يذكر الخيار، وقد ذكر أن البيت إذا كان لا يلي الطريق الأعظم لا يبطل البيع، ولكن يستأجر الطريق، أو يستعير من صاحب الأرض، ثم الطريق الذي يدخل في البيع بذكر الحقوق والمرافق، الطريق وقت البيع، لا الطريق الذي كان قبل البيع، حتى إن من سد طريق منزله، وجعل له طريقاً آخر، وباع المنزل بحقوقه، دخل تحت بيع المنزل الطريق الثاني دون الأول.

١١٨٥٦ - وإذا باع داراً، وفيها بستان، ذكر في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله تعالى أنه إن كان البستان في الدار، يدخل في البيع من غير ذكر، صغيراً كان أو كبيراً؛ لأنه من جملة

(*) هكذا في الأصل، وليست في نسخة م، والصحيح إسقاطها.

الدار، وإن كان البستان خارج الدار إلا أن مفتحه إلى الدار اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: [لا يدخل، وبعضهم قالوا:] إن كان البستان أصغر من الدار يدخل من غير ذكر، وإن كان مثل الدار أو أكثر لا يدخل، وبعضهم قالوا: يحكم الثمن.

وفي بيوع المنتقى: قال هشام: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول في رجل اشترى دارًا وفيها بستان: أن البستان ليس بداخل في بيع الدار، إلا أن يسميه، إلا أن يكون [بستان] في وسط الدار، والدار محدودة به.

قال هشام: ذاكرت أبا يوسف رحمه الله تعالى مرة أخرى فيمن باع دارًا وفيها بستان، ولم يسم البستان، قال: البستان منها [وإذا لم يسم] قلت: فإن كان البستان بابان، أحدهما في الدار والآخر خارج الدار، قال: هو منها.

١١٨٥٧ - وفي العيون: إذا اشترى دارًا وفيها رحى الماء، وقد اشتراها بحقوقها ومرافقها، لا تكون الرحى ولا متاعها للمشتري؛ لأن هذا ليس من حقوق الدار، وهذا بخلاف ما لو باع ضيعة وفيها رحى ماء بكل حق هو لها، حيث كان الرحى للمشتري؛ لأن هذا من عمارة الضيعة ومصالحها، وكان من حقوقها، وفي الدار من خراب الدار، فلم يكن من حقوقها، وكذلك دولاب الضيعة للمشتري بمنزلة الرحى، والدالية للبائع، لأنها معلقة بغير بناء، وكذلك جذعها.

وروى إبراهيم بن رستم عن محمد رحمه الله تعالى فيمن اشترى بيتًا وفيها رحى، بكل قليل أو كثير هو فيه، فله الأسفل والأعلى، وكذلك إذا كان فيه قدر نحاس موصولا بالأرض.

١١٨٥٨ - وفي فتاوى الفضلي: دار فيها بيوت، باع صاحب الدار بعض البيوت بمرافقها، ثم أراد أن يرفع باب الدار الأعظم، وأبى المشتري، ليس لصاحب الدار أن يرفعه؛ لأنه باع الأبيات بمرافقها، والباب الأعظم من مرافقها، وكذلك لو باع البيوت بمرافقها من حقوقها؛ لأن الطريق داخل في البيع بقوله من حقوقها، ويدخل الباب أيضًا؛ لأنه منصوب على الطريق.

وفيه أيضًا إذا اشترى بيتًا من منزل بحدوده وحقوقه، وصاحب المنزل يمنعه عن الدخول ويأمره بفتح الباب، و[يمنعه] عن المرور [في] السكة ينظر إن كان البائع بين له طريقًا معلومًا فليس له منعه، وإن لم يبين اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال له منعه؛ لأن قوله بحقوقه ينصرف إلى حقوق هذا البيت في السكة، حتى لا يمنع عن المرور في السكة

لعظمى، ومنهم من قال: ليس له ذلك؛ لأن الباب الأعظم دخل بذكر الحقوق على ما ذكرنا في المسألة المتقدمة.

قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: هو المختار.

١١٨٥٩ - وفي «العيون»: إذا باع دارًا لا بناء فيها، وفيها بئر ماء، ومخرج، وآجر مطوي في البئر، والطي آجر، فإنها متصلة بالبناء [دخل] تحت البيع.

وفي «النوازل»: إذا باع دارًا وفيها بئر وعليها بكرة ودلو وحبل، فإن باعها بمرافقها دخل الحبل والدلو في البيع؛ لأنهما من مرافق الدار، وإن لم يذكر المرافق لا يدخلان، والبكرة تدخل على كل حال؛ لأنها مركبة في البئر.

والأصل أن ما كان في الدار من البناء، أو كان متصلاً بالبناء يدخل في بيع الدار من غير ذكر بطريق التبعية، وما لا يكون متصلاً بالبناء لا يدخل في بيع الدار من غير ذكر إلا إن كان شيئًا جرى العرف فيما بين الناس أن البائع لا يضن به، ولا يمنعه عن المشتري، فحينئذ يدخل، وإن لم يذكره في البيع.

١١٨٦٠ - وعن هذا قلنا: [إن الغلق] والمفتاح كليهما يدخلان في البيع من غير ذكر، الغلق لكونه متصلاً بالبناء، والمفتاح يدخل [في البيع] استحسانًا، ولا يدخل قياسًا؛ لأنه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع في الدار، إلا أنا استحسنا، وقلنا بالدخول بحكم العرف؛ لأن العرف فيما بين الناس أن بائع الدار لا يمنع المفتاح عن المشتري، ويسمون الدار بتسليم المفتاح، فلهذا دخل المفتاح من غير ذكر بحكم العرف. والقفل ومفتاحه لا يدخل، والسلم إن كان متصلاً بالبناء يدخل، سواء كان من خشب أو مدر، وإن كان غير متصل بالبناء لا يدخل، والسرر نظير السلاليم.

١١٨٦١ - وإن اشترى [رحى ماء] يدخل في البيع من الآلة ما كان متصلاً بالبناء من غير ذكر؛ لأنه كالبناء، فعلى هذا الحجر الأسفل يدخل تحت البيع من غير ذكر؛ لأنه متصل بالبناء، فكان كالبناء، والحجر الأعلى لا يدخل قياسًا؛ لأنه غير مركب بالبناء، ألا يرى أنه يمكن رفعه من غير أن يحتاج فيه إلى نقض شيء من البناء، وفي الاستحسان يدخل؛ لأن الرحى اسم لبيت فيه حجر دوارة، فالدوارة هو الحجر الأعلى، فإذا كان اسم الرحى ثابتًا بالأعلى كان الأعلى وما يديره من البكرة داخل تحت اسم الرحى.

وعلى هذا إذا اشترى طاحونة، فالحجر الأسفل يدخل من غير ذكره، والحجر الأعلى لا يدخل قياسًا، ويدخل استحسانًا.

١١٨٦٢ - وإذا كان درج في الدار من خشب أو سلم أصلها في البناء، فإنها تدخله في بيع الدار من غير ذكر، ولو لم يكن في بناء يحول وينصب، فهو للبائع، وهذا مثل السلم.

ولو كان في البيت باب موضوع لا يدخل في البيع من غير ذكر [ذكره] في "المنتقى".

١١٨٦٣ - وفي "العيون": إذا اشترى داراً، واختلفا في باب منها، فإن كانت الدار في يد المشتري، فالقول فيه قوله، سواء كان الباب مغلقاً أو موضوعاً، وإن كان الدار في يد البائع، فإن كان الباب موضوعاً فيه، فالقول قول البائع، وإن كان مغلقاً، فالقول قول المشتري.

وفي "النوازل": إذا اشترى داراً، واختلفا في باب الدار، فقال البائع: لم يدخل في البيع، وقال المشتري: دخل، فإن كان الباب متصلاً بالبناء، فالقول قول المشتري، سواء [كانت] الدار في يد البائع، أو في يد المشتري؛ لأن الباب من جملة الدار، وإن كان غير متصل بالبناء، بل كان موضوعاً في الدار، فالقول قول من كان الدار في يده؛ لأن الباب ليس من جملة الدار ههنا [فبقي] الاختلاف في الملك، فيكون القول فيه قول صاحب اليد، وهذه المسألة عين مسألة "العيون".

١١٨٦٤ - وفي "المنتقى": إذا قال لغيره: بعتك هذا البيت، وما أغلق عليه بابه، فليس ما أغلق عليه بابه من المتاع للمشتري، وهذا يقع على حقوقه، كأنه قال: بعتك بحقوقه، قال هشام: قلت لأبي يوسف رحمه الله تعالى: إن قال له بعتك بما فيه من شيء، قال: هذا على حقوقه أيضاً، وإن قال: على ما فيه من المتاع، فهذا جائز على ما فيه من المتاع -والله أعلم-.

نوع آخر:

١١٨٦٥ - باع من آخر حانوتاً، وباب الحانوت من صفائح تغلق وتفتح، وتنزع الصفائح، دخل الألواح تحت البيع، سواء باع الحانوت بمرافقه، أو لم يبعه بمرافقه؛ لأن ألواح الحانوت مركبة بالحانوت معنى، هكذا ذكر في "المنتقى".

ولو كان على الحانوت ظلة في السوق، كما يكون في الأسواق، فإن كان باع الحانوت بمرافقه، دخل الظلة؛ لأن الظلة مرافق الحانوت، وإن كان باعه مطلقاً، فالظلة لا تدخل.

وذكر في "العيون": إذا اشترى حانوتاً [فالأقفال] والألواح للبائع، والصحيح ما ذكرنا أن الألواح للمشتري، ويدخل مفتاح الحانوت في البيع من غير ذكر استحساناً كما قلنا: في مفتاح الدار وكور الحداد للمشتري، وكور الصائغ للبائع؛ لأن الأول مركب، والثاني لا؛ قال

في "المنتقى" وكور الحداد بمنزلة أتوان الآجر، وزق الحداد الذي ينفخ فيه للبائع، وقدر من النحاس يطبخ فيه الحنطة لأصحاب السويق، أو للصباغين يطبخ فيه الصبغ أو للقصارين يوضع فيها الثياب للبائع، وإن كان مقلاة للسواقين من طين، دخلت في البيع.

وقد ذكرنا قبل هذا رواية محمد رحمه الله تعالى في القدر من النحاس إذا كانت موصولاً بالأرض أنه يدخل في بيع البيت، والصندوق المثبت في البناء، وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم وخمسها فرق بيرده بزمين، أو المثبت في البناء لا يدخل، وليس هذه الأشياء من متاع الدار، ولا من حقوقها، وكذلك جذع القصار الذي يدق عليه الثوب لا يدخل في البيع؛ لأن هذا ليس من حقوق الحانوت، ويستوي في هذه المسائل ذكر الحانوت مطلقاً، أو بمرافقه، أو حقوقه؛ لأن هذه الأشياء ليست من حقوق الحانوت ومرافقه، إنما هذا من حقوق التجارة، والفعلة والعمال، وقدر الحمام يدخل في البيع من غير ذكره، والقصاع لا يدخل، وإن ذكر الحقوق والمرافق والمصابيح التي على الأوتاد ليست في البناء للبائع.

١١٨٦٦ - وإذا اشترى حانوتاً، أو داراً، ووجد في جذع منه دراهم، فإن قال البائع: أنها لي، فالقول قول البائع؛ لأنا عرفنا هذا في يده، وإن قال: ليس لي، فحكمها حكم اللقطة؛ لأنه لم يعرف لها مالك.

ومن هذا الجنس إذا اشترى داراً أو حانوتاً، فانهدم حائط منها، فوجد فيه رصاصاً، أو ساجاً، أو خشباً، إن كان من جملة البناء، كالخشب الذي تحت الدار ليبنى عليه، ويسمى سبح بالفارسية، فهو للمشتري، وإن كان مودعاً فيه، فهو للبائع.

نوع آخر:

١١٨٦٧ - إذا باع أرضاً، أو كرماً، ولم يذكر الحقوق، ولا المرافق، ولا ذكر بكل قليل وكثير، فإنه يدخل تحت البيع ما ركب فيه للتأبيد، نحو العرايش والأشجار والأبنية؛ لأن هذه الأشياء بمعنى الأرض، أو ليس لنهايتها مدة معلومة، وما لا يعلم مدة نهايته، فهو للتأبيد، كالأرض، فإنها ذات نهاية، ولكن لما لم يكن لنهايته مدة معلومة، كان للتأبيد، فإذا كانت هذه الأشياء كانت للتأبيد، كانت كالأرض من كل وجه، فيدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر.

١١٨٦٨ - فأما الزرع والثمر لا يدخلان في البيع، والقياس أن يدخل؛ لأن الزرع متصل بالأرض اتصال قوام، والثمر متصل بالشجر اتصال قوام؛ فكان كالأشجار مع الأرض، إلا

أما استحساناً، وقلنا بأنهما لا يدخلان لقوله عليه الصلاة والسلام: «من باع نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[1]، والزرع مثل الثمر من حيث إن لكل واحد منهما غاية معلومة، فالنص الوارد في الثمر يكون وارداً في الزرع دلالة، والمعنى في ذلك أن لقطعهما غاية معلومة، وما لنهايته غاية معلومة فهو [في] الحكم كالمقطوع، بخلاف الأشجار والبناء؛ لأنه ليس لنهايتهما غاية معلومة. وإن ذكر في بيع الأرض الحقوق أو المرافق، لا يدخل الزرع والثمار أيضاً؛ لأنهما ليسا من جملة حقوق الأرض ومرافقها.

وإن قال: بعتها بكل قليل وكثير هو منها أو فيها، إن قال: في آخره من حقوقها، أو قال: من مرافقها، فالثمار والزرع لا يدخلان، وإن لم يقل في آخره: من حقوقها، أو مرافقها يدخلان في البيع.

١١٨٦٩ - وذكر الحاكم أحمد السمرقندي رحمه الله تعالى في شروطه: أنه إذا ذكر في بيع الضيعة والنخيل كل حق، يدخل الزرع والثمر في البيع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وإن لم يذكر كل قليل وكثير، وهكذا ذكر الناطفي أن بذكر الحقوق والمرافق يدخل الزرع والثمر في بيع الأرض.

وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف برواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن الثمر والزرع لا يدخلان بذكر الحقوق والمرافق، وإذا قال: بكل قليل أو كثير هو منها، أو فيها، يدخل استحساناً.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يدخل الزرع والثمر في الألفاظ كلها.

وذكر شيخ الإسلام المعروف بـ«خواهر زاده» في آخر شرح المزارعة الكبيرة: أنه إذا قال في بيع الضيعة: بكل قليل وكثير منه، على رواية كتاب الشرب، لا يدخل الزرع والثمر في البيع، وهكذا ذكر في «المنتقى» عن محمد رحمه الله تعالى؛ لأن الزرع ليس من الأرض، وعلى رواية كتاب الشفعة والمزارعة يدخل.

١١٨٧٠ - وإن قال: بكل قليل وكثير هو فيها ومنها، يدخل [الثمر والزرع] في البيع على الروايات كلها.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٣٣): باب في العبد يباع وله مال، والنسائي في الكبرى (٤٨٤)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٤٦٢١)، ومحمد في كتاب الآثار (٨٢٩)، وأحمد في مسنده (٤٥٥٢).

وفي "المنتقى": إذا قال: بكل قليل وكثير هو فيها يدخل جميع ما فيها من الثمر والزرع والبقل والرياحين وغير ذلك.

١١٨٧١ - وإن كان فيها زرع قد حصدت، أو ثمار قد صرمت، لا يدخل في البيع، قال ابن مالك سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى قال: هما سواء، ويدخل الثمر في البيع.

وفي شرح القدوري و"شرح القاضي الإمام الإسبيجابي": أن الزرع إنما لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكر إذا لم ينبت بعد، أو نبت، وصارت له قيمة، أما إذا نبت ولم يصر له قيمة بعد يدخل.

١١٨٧٢ - وفي "فتاوي الفضلي": إذا باع أرضاً فيه زرع، لم ينبت، فإن كان البذر قد عفن في الأرض، فهو للمشتري، وإلا فهو للبائع، فإن سقاه المشتري حتى نبت، ولم يكن عفن عند البيع، فهو للبائع، والمشتري متطوع فيما فعل، وهذا لأن الحنطة التي فسدت في الأرض لا يجوز بيعها على الانفراد، فصارت بمنزلة جزء من الأرض، فيدخل في البيع، بخلاف ما إذا لم يفسد، وكذلك لو نبت، ولم يقوم بعد، واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل في البيع، ويكون للبائع على كل حال، إلا إذا بيع مع الأرض إما نصاً وإما دلالة][1].

١١٨٧٣ - ثم إن محمداً رحمه الله تعالى ذكر أن الشجرة تدخل في بيع الأرض من غير ذكر، ولم يفصل بين المثمرة وغير المثمرة [ولا بين الصغيرة والكبيرة، فمن مشايخنا من فصل بين المثمرة وغير المثمرة][2]، فقال: المثمرة تدخل من غير ذكر، وغير المثمرة لا تدخل، وذهب في ذلك إلى أن غير المثمرة بمعنى الزرع؛ لأن لنهايتها مدة معلومة، كما للزرع، فأما المثمرة فليس لنهايتها مدة معلومة، وكان مؤبداً، فكان كالأرض، ومنهم من قال: الشجرة الكبيرة إذا كانت مثمرة تدخل من غير ذكر، وإذا كانت غير مثمرة لا تدخل، والصغيرة لا تدخل إلا بالذكر مثمرة كانت أو غير مثمرة؛ لأن الصغيرة لقلعها مدة معلومة عند الناس، مثمرة كانت أو غير مثمرة، فإنها تقلع وتنقل من موضع إلى موضع، ولمدة ذلك وقت معلوم بين الناس، وكذلك الكبيرة التي هي غير مثمرة لقلعها مدة معلومة بين الناس، فصار كالزرع بخلاف الكبيرة المثمرة.

ومنهم من قال: الكل يدخل من غير ذكر؛ وهذا أصح؛ لأن غير المثمرة ليس لنهايتها مدة

---

(١) هكذا في نسخة م.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

معلومة بل تتفاوت بتفاوت الأراضي تفاوتاً فاحشاً، صغيرة كانت أو كبيرة، فصارت بمعنى الكبيرة المثمرة.

وأما قوائم الخلاف: هل يدخل في بيع الأراضي من غير ذكر؟ من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: لا تدخل، وألحقها بالثمرة؛ لأن لنهايتها مدة معلومة، ومنهم من قال: يدخل؛ لأن مدة نهايتها يتفاوت بتفاوت الأراضي تفاوتاً فاحشاً، فصار بمنزلة الأشجار المثمرة، وهو الأقيس.

وأما الورد والآس لا يدخلان في البيع من غير ذكر؛ لأن لنهايتهما مدة معلومة [لا تتفاوت إلا يسيراً، فصار كالثمرة، وأما أصلهما يدخل في البيع من غير ذكر؛ لأنه ليس لنهايتها مدة معلومة][1]، وكانت بمنزلة سائر الأشجار، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرح كتاب الشفعة.

وفي «العيون»: أن أصل الآس لا يدخل؛ لأنه بمنزلة الثمرة؛ لأنه يقطع كذلك.

وأما القطن فلا يدخل في البيع من غير ذكر، وهو كالثمرة، وأما أصلها فقد قالوا: لا يدخل، وهو الصحيح؛ لأن لنهايتها مدة معلومة، فإنه بعد ما فرغ من القطن يقطع، ومنهم من قال: يدخل؛ لأن مدة قطعها يتفاوت بتفاوت الأراضي، فإن في بلاد الحر لا يقطع إلا بعد سنين، وفي بلادنا يقطع في كل سنة. وشجرة الباذنجان لا تدخل في بيع الأرض من غير ذكر، هكذا ذكر الحاكم أحمد السمرقندي في شروطه، وعلى قياس مسألة القطن يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى.

١١٨٧٤ وأما الكراث والقت، وبالفارسية سبست، والرطبة، فما كان على وجه الأرض لا يدخل في البيع من غير ذكر، كالزرع والثمر؛ لأن لنهايتها مدة معلومة.

وأما أصول هذه الأشياء وهي ما كان مغيباً في الأرض، فمنهم من قال: لا يدخل؛ لأن لنهاية الأصول مدة معلومة فيما بين الناس، فصارت كالزرع والثمر، ومنهم من قال: يدخل؛ لأن نهاية هذه الأشياء يتفاوت بتفاوت الأراضي، كالأشجار.

وصار الأصل أن ما كان لقطعه مدة معلومة، ونهاية معلومة، فهو بمنزلة [الثمار، فلا تدخل في البيع من غير ذكر، وما ليس لقطعه مدة معلومة، ونهاية معلومة، فهو بمنزلة][2]

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبته من ظ و ف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبته من ظ و ف.

الشجرة، فيدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر.

١١٨٧٤ - والزعفران لا يدخل من غير ذكر، وكذلك أصله ذكره في العيون؛ لأنه يقطع كذلك، فصار كالثمرة، والقصب لا يدخل في بيع الأرض من غير شرط، والعروق يدخل؛ لأن العروق شجرة؛ لأن له ساق، ولا يقطع أصله، ولا كذلك القصب، وعلى هذا كل ما له ساق، ولا يقطع أصله، حتى كان شجراً له ساق، يدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر، وما لم يكن بهذه الصفة، لا يدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر؛ لأنه يكون بمنزلة الثمرة.

١١٨٧٦ - وإذا باع أرضاً، وفيها حطب نابت لا يدخل في الأرض من غير ذكر[1]، ذكره في العيون.

وفي الينابيع: عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في الخلاف والحطب، والقطب، والرياحين، والبقول أنها للبائع.

١١٨٧٧ - وذكر الفضلي في الحطب، والقصب، والقرون، أنها للبائع، والطرفاء وأنواع الخشب أنها للمشتري، وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن القصب للبائع.

١١٨٧٨ - وفي المنتقى: أن الشوك من الحطب، بخلاف الخطب، وذكر شيخ الإسلام في شرح المزارعة الكبيرة: أن الشجر الذي ذكره محمد رحمه الله تعالى في الكتاب أنه يدخل في بيع الأرض من غير ذكر شجر يغرس ليبقى، أما الشجر الذي يغرس ليقطع، كشجر الحطب، وغيره لا يدخل في البيع من غير ذكر.

١١٨٧٩ - وفي فتاوى أهل سمرقند: وإذا اشترى أرضاً، وفيها أشجار يقطع في كل ثلاث سنين، إن كان يقطع من الأصل، فهو للمشتري؛ لأنه شجر، وهو الشجرة الصغيرة التي تباع في السوق في فصل الربيع، وإن كان يقطع من وجه الأرض، فهو للبائع؛ لأنه بمنزلة الثمر، فلا يدخل في بيع الأرض بشربه وطريقه إلا إذا ذكر ذلك نصاً، أو دلالة، بأن قال: بجميع حقوقها، أو قال: بمرافقها، وقد مر هذا.

١١٨٨٠ - وإذا اشترى أرضاً أو نخلاً، وليس لها شرب، وهو لم يعلم بذلك، فله الخيار، هكذا ذكر في المنتقى.

١١٨٨١ - وفي العيون: اشترى نخلة في أرض بطريقها في الأرض، ولم يبين موضع الطريق، وليس إليها طريق، يعني من ناحية معروفة، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الشراء

---

(١) هكذا في م، وسقط من ع، ف.

جائز، ويأخذ إلى النخلة طريقاً من أي نواحيه شاء؛ لأن هذا مما لا يتفاوت، حتى لو كان متفاوتاً، كان البيع باطلاً. وعن محمد رحمه الله تعالى أن البيع باطل ما لم يبين الطريق لمكان الجهالة.

١١٨٨٢ - وفي فتاوى الفضلي[١]: إذا اشترى أرضاً، وبجنبها أقداف، وبين الأرض والأقداف مسناة، وعلى المسناة أشجار، وجعل أحد[١] حدود الأرض الأقداف دخل المسناة وما عليها من الأشجار تحت البيع؛ لأنه جعل المسناة في الحد، فتكون من جملة المحدود.

١١٨٨٣ - قال في المنتقى: وإذا اشترى نخلة، فهذا على الجذع، ولا يكون بأرضها.

١١٨٨٤ - وعلم بأن شراء الأشجار لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يشتريها للقلع بدون الأرض، وفي هذا الوجه يؤمر المشتري بقلعها، وله أن يقلعها بعروقها، وأصلها يدخل في البيع، وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يبلغ إليه العروق، ولكن يقلعها على ما عليه العرف والعادة، إلا إذا اشترط البائع القلع[٢] على وجه الأرض، أو يكون في القلع مضرة للبائع، نحو أن يكون بقرب الحائط، وما أشبه ذلك، فحينئذ يؤمر المشتري أن يقطعها على وجه الأرض، فإن قلعها، أو قطعها، ثم نبت من أصلها، أو عروقها شجرة، فالنابت للبائع، فإن قطع من أعلى الشجرة، فما نبت يكون للمشتري.

[وأما إذا اشتراها] مع قرارها من الأرض، فإنه لا يؤمر المشتري بقلعها، ولو قلعها، فله أن يغرس مكانها أخرى.

وأما إذا اشتراها، ولم يشترط شيئاً، فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا تدخل في البيع، وعند محمد رحمه الله تعالى: تدخل، وله الشجرة مع قرارها من الأرض. فهذه الجملة في بيوع شرح الطحاوي. وأجمعوا أن ما تحت الشجرة من الأرض يدخل في القسمة.

وفي كتاب العيون: في باب بيع الثمرة في كتاب الرهن أن دخول الأرض في وصية الشجرة على الاختلاف الذي ذكرنا في البيع، قال: والهبة، والصدقة كالوصية.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في كتاب القسمة: أن ما تحت الحائط من الأرض لا يدخل في الإقرار، والقسمة، والبيع.

(١) وفي ط: أحد.

(٢) وفي م: وأما أن يشتريها بشرط القلع على وجه الأرض أو يشترط البائع القلع، لكن يكون في القلع مضرة للبائع.

١١٨٨٥ - وذكر في «المنتقى» أيضاً: أن ما تحت الحائط من الأرض يدخل في بيع الحائط، والمذكور في «المنتقى»: إذا باع حائطاً من داره، فهذا بأرضه، قال ثمة: لأن الحائط بغير الأرض لا يسمى حائطاً.

وفي «المنتقى» أيضاً: وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في الحائط: هو له بأصله، وفي النخلة يقلعها بأصلها في البيع والهبة، وكل شيء، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: مثل ذلك، إلا أنه قال: أستحسن في الشجرة أن له بأصلها، فصار حاصل الجواب في الشجرة أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا تدخل الأرض في بيع الشجرة، وعند محمد رحمه الله تعالى تدخل، وعن أبي يوسف روايتان، وقال الصدر الشهيد: والفتوى في مسألة البيع على أن الأرض تدخل. وفي أي موضع دخل ما تحت الأرض من الشجرة، فإنه تدخل بقدر غلظ الشجرة وقت مباشرة ذلك التصرف، حتى لو ازدادت غلظاً تحت الأرض، كان لصاحب الأرض أن ينحت، ولا يدخل تحت [البيع من] الأرض ما يتدلى إليه الأوراق والأغصان، وعليه الفتوى.

١١٨٨٦ - [وفي شرح] بناء الدار لا تدخل الأرض تحت البيع من غير ذكر، ويؤمر المشتري بقلع البناء. والخصاف في شرحه سوى بين بيع الحائط وبين بيع البناء، وقال: لا تدخل الأرض فيهما جميعاً من غير ذكر، ويؤمر المشتري بنقض الحائط، كما يؤمر بنقض البناء، ثم في شراء البناء إذا لم تدخل الأرض تحت البيع، فالآجر الذي تحت الخشب، ويسمى بالفارسية كدواده هل يدخل تحت البيع؟

حكي عن الحاكم الإمام أبي محمد الكوفي أن ما كان ظاهراً على وجه الأرض يدخل، وما كان غائباً تحت الأرض لا يدخل، والجواب في شراء الجدار نظير الجواب في شراء الحائط، يدخل ما تحته من الأرض في البيع من غير ذكر، كما في الحائط، بخلاف البناء، هكذا ذكر الإمام أبو محمد](1).

١١٨٨٧ - وفي «المنتقى»: إذا قال لغيره: بعت منك هذه [الشجرة] البطيخة، فهذا على البطيخ إذا كان فيه بطيخ، وكذلك البقلة إذا كان فيه بقل، وكذلك هذه الرطبة.

١١٨٨٨ - ولو قال: بعتك هذا الكرم، أو هذا النخيل، فهذا على الأرض، فلو أراد بالنخل البستان، أو الذي يقال له بالفارسية: درخستان، فقد حكينا قبل هذه رواية «المنتقى».

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة: م

لو قصد بيعها على الانفراد، لا يجوز، وفي الجواب نظر، وفي التعليل كذلك، وينبغي أن تكون الثمار للبائع لما ذكرنا قبل هذا، وبيعها على الانفراد جائز، هو الصحيح، لما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

١١٨٩٤ - وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل باع كرمًا يجري ماؤه، وكان حق له، ويجري ماؤه في سكة غير نافذة بينه وبين رجلين، وعلى ضفة النهر أشجار، فإن كان المجرى ملك البائع، فالأشجار للمشتري؛ لأن رقبة المجرى دخلت تحت البيع، فدخل الأشجار تبعًا، وإن لم يكن المجرى ملك البائع، لكنه حق المسيل، فالأشجار للبائع؛ لأن رقبة المجرى لم تدخل تحت البيع؛ فلا تدخل الأشجار تبعًا، لو دخلت دخلت أصلاً بالسبب، ولم يوجد.

نوع آخر:

١١٨٩٥ - المشتري من آخر جارية وعليها ثيابها التي يباع مثلها(١)، دخل الثياب تحت البيع بحكم العرف، وإنما يدخل ثياب مثلها، إن شاء البائع أعطاها التي عليها، وإن شاء أعطاها غير ذلك؛ لأن الدخول بحكم العرف، والعرف في كسوة مثلها لا بعينها، هكذا ذكر المسألة في «العيون» وتبين معنى قوله: دخل الثياب تحت البيع، أنه للثياب حصة من الثمن، بل لا يصير حتى لو استحق شيء من الثياب من يد المشتري، أو وجد المشتري بالثياب عيبًا، لا يرجع على البائع بشيء من الثمن.

في فصل الاستحقاق، ولا يرد الثياب بالعيب في فصل العيب، وإنما معناه أن للمشتري أن يطالب البائع بذلك، وكذلك إذا وجد بالجارية عيبًا، ردها ورد معها الثياب، وإن لم يجد بالثياب عيبًا.

١١٨٩٦ - وذكر هذه المسألة في «النوازل» ووضعها في الغلام، فقال: إذا باع غلامًا، وعليه ثياب، دخل الثياب في العقد، ولو استحق ثياب الغلام، لا يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن.

ولو وجد بالثياب عيبًا، لا يرد على البائع الثياب؛ لأن الثياب لم تدخل تحت البيع، حتى يصير له حصة من الثمن، فيرده بالعيب، ويرجع ببعض الثمن عند الاستحقاق، ولكن للمشتري مطالبة البائع بذلك؛ لأن البائع صار كالكاسي للمشتري تحت البيع عرفًا، ولو

---

(١) في ب: مثلها.

وجد بالغلام عيباً، رده؛ لأن الثياب ليست بتبعية ليمتنع رد الجارية بالعيب [بسببها](١).

١١٨٩٧- وفي «النوازل» أيضاً: إذا بيع حماراً، دخل العذار وهو بالفارسية افسار(٢) في البيع بحكم العرف، وإذا باع حماراً موكفاً، دخل الإكاف والبرذعة في البيع، بحكم العرف، وإذا لم يكن عليه برذعة، ولا إكاف، دخل البرذعة والإكاف أيضاً، كذا اختاره الصدر الشهيد رحمه الله تعالى.

وإذا كان موكفاً، ودخل الإكاف والبرذعة، لا يكون له حصة من الثمن على نحو ما ذكرنا في ثياب الجارية والغلام، وبعض المشايخ رحمهم الله تعالى قالوا: إذا كان على الحمار إكاف وبرذعة، دخل في العقد. وإذا كان عليه برذعة، ولم يكن عليه إكاف، تدخل البرذعة، ولا يدخل الإكاف.

وإذا كان عرياناً، لا يدخل شيء من ذلك في البيع، وبهذا الفصل يفرق بين الحمار والجارية والغلام، فإن الجارية أو الغلام إذا بيع، وليس عليه ثياب، تدخل مثله في العقد؛ لأن الغلام والجارية لا يباعان عرياناً عادة، بخلاف الحمار، فإنه يباع عرياناً عادة، كما يباع مع البرذعة والإكاف، ولم يذكر في شيء من الكتب ما إذا باع فرساً، وعليه سرج، قيل: ينبغي أن لا يدخل السرج في البيع إلا بالتنصيص عليه، أو يكون الثمن شيئاً كبيراً، لا يشترى ذلك الفرس عادة، بمثل ذلك الثمن إلا مع مثل ذلك السرج؛ لأن العادة جرت ببيع الفرس مع السرج، ولا كذلك بيع الحمار، وبيع الغلام والجارية.

١١٨٩٨- قال هشام: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل باع جارية، وعليها قلب فضة، أو قرطاس، ولم يشترط ذلك، والبائع ينكر، قال: لا يدخل شيء من الحلي في البيع، فإن سلم البائع الحلي، فهو لها، وإن سكت عن طلبه، وهو يراه، فهو بمنزلة ما لو سلم [ذلك لها].

وفي صلح «فتاوى الفقيه أبي الليث» رحمه الله تعالى: عبد له مال، باعه المولى مع ماله، قال: إن لم يسم ماله، فالبيع فاسد، قيل: معنى قوله: إذا لم يسم ماله أنه باع العبد مع ماله، ولكن لم يبين مقدار [ذلك المال]، وأما إذا باع العبد، وسكت عن ذكر المال، فالبيع يكون جائزاً، ويكون المال للبائع، وهو الصحيح.

ولو كان باعه مع ماله، وسماه أي سمى مقدار ماله، ينظر إن كان ثمن العبد من جنس

---

(١) هكذا في م.

(٢) حبل يشد به عنق الحيوان، ويجعل على رأسه.

دراهم، فإن كان مال العبد دراهم، وثمن العبد مئة درهم، أو كان مال العبد دنانير، وثمن العبد أيضاً [دنانير]، لا بأس أن يكون الثمن[1] زائداً على مال العبد، ليكون بإزاء [مال] العبد [من الثمن قدره، والباقي يكون بإزاء العبد، فأما إذا كان ثمن العبد أقل من مال العبد][2]، أو مثله لا يجوز، وإن كان ثمن العبد من خلاف جنس مال العبد، بأن كان ثمن العبد دراهم، ومال العبد دنانير، أو على العكس، يجوز كيف ما كان ثمن العبد، ولكن بشرط التقابض في حصة الصرف في المجلس، فإن افترقا قبل القبض، بطل العقد بحصة الصرف، وبقي بحصة العبد، وإن كان مال العبد ديناً، أو كان بعضه ديناً، فالعقد فاسد.

١١٨٩٩- وفي «القدوري»: وإذا اشترى سمكة، فوجد فيها لؤلؤة [فهي] للمشتري.

١١٩٠٠- ولو اشترى دجاجة، فوجد فيها لؤلؤة، فهي للبائع.

١١٩٠١- وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى: إذا اشترى سمكة، فوجد في [بطنها] سمكة أخرى، فهما جميعاً للمشتري، ولو وجد في بطنها لؤلؤة، أو وجد في بطن السمكة التي في بطن السمكة المشتراة لؤلؤة، فهي للبائع؛ لأن هذا [ليس][3] مما يأكل السمك، قالوا: أراد بقوله، فهي للبائع بأخذها، ويكون لقطة في يده.

١١٩٠٢- قال: ولو وجد في بطنها صدف فيه لحم، وفي اللحم لؤلؤة، كما تكون اللؤلؤة في الأصداف، فهي للمشتري؛ لأن هذا مما يأكل السمك، ألا ترى أنه لو اشترى رجل من رجل أصدافاً ليأكل ما فيها من اللحم، فوجد في بعضها لؤلؤة في اللحم: إنها له [لأنها جعلت] في اللحم، وهذا من الصدف، قال: ولا تشبه هذه اللؤلؤة المرمية في بطن السمك.

وفي «نوادر هشام» قال: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن [من باع] الصدفة كما هي، قال: البيع جائز، واللؤلؤة له، يعني للمشتري لم يسم اللؤلؤة، وإن اشتراها بدرهم، وقيمته أكثر من ألف درهم، وهذه الرواية تخالف رواية ابن سماعة، وعن محمد رحمه الله تعالى رواية ابن رستم: لو اشترى سمكة، فوجد في بطنها عنبراً، فهي للمشتري؛ لأنها طعامها، وهو حشيش يأكل السمك في البحر، والله تعالى أعلم.

(١) وفي م: «وإلا أن يكون الثمن أزيد على مال العبد».

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من م.

البيع على ما ذكرنا، وأما إذا حصل الافتراق بعد قبض أحد البدلين في بيع الدين بالدين إن حصل الافتراق بعد قبض أحد البدلين حقيقةً، جاز في غير الصرف، ولم يجز في الصرف، بيانه فيمن اشترى دينارًا بعشرة دراهم حتى كان العقد صرفًا، فقبض الدينار، ولم يسلم العشرة حتى تفرقا، أو سلّم العشرة ولم يقبض الدينار حتى تفرقا كان البيع باطلًا.

ولو اشترى فلوسًا أو طعامًا بدراهم، حتى [لم] يكن العقد صرفًا، وتفرقا بعد قبض أحد البدلين [حقيقةً، كان العقد جائزًا.

وأما إذا حصل الافتراق بعد قبض أحد البدلين حكمًا][1] كان العقد فاسدًا، سواء كان عقد صرف، أو غير عقد صرف، بيانه فيما إذا كان له على رجل دينار، فاشترى الدينار الذي عليه بعشرة دراهم، حتى كان العقد صرفًا وتفرقا قبل نقد العشرة، كان باطلًا، وكذلك إذا كان عليه فلوس أو طعام، فاشترى ما عليه بدراهم، حتى لم يكن العقد صرفًا وتفرقا قبل نقد الدراهم، كان العقد باطلًا، وهذا افتراق بعد قبض أحد البدلين حكمًا؛ لأن ما في ذمة أحدهم مقبوضه، وهذا فصل يجب حفظه، والناس عنه غافلون، فإن العادة فيما بين الناس أن من [كان] له على آخر حنطة، أو شعير، أو ما أشبه ذلك، فصاحبها يأخذ من عليه عند غلاء السعر خطًّا بالذهب أو الفضة، ويسمون ذلك فيما بينهم: گندم را بها كردن، فإنه فاسد لكونه افتراقًا عن دين بدين، وإنما جاز هذا العقد بعد قبض البدلين حقيقةً أو حكمًا، لحديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنه، فإنه سأل رسول الله ﷺ، وقال: إني أشتري الإبل من بقيع إلى مكة بالدراهم، وآخذ مكانها دنانير، أو بالدنانير، وآخذ مكانها دراهم، فقال عليه الصلاة والسلام: «لا بأس أن تأخذ بسعر يومهما وقد افترقا وليس بينكما عمل»[2]، معناه: إذا افترقتما يبقى أحد البدلين دينًا [لأحدكما] في ذمة الآخر بعد ما تفرقتما، فقد جوز رسول الله ﷺ بيع الدين بالدين، وإن كان صرفًا إذا تفرقا، وليس بينهما عمل على التفصيل الذي قلت [ومتى تفرقا بعد قبض الدين حقيقةً أو حكمًا، فقد تفرقا وليس بينهما عمل على التفسير الذي قلنا][3]، وإذا جاز هذا الصرف، جاز فيما ليس بصرف من الطريق الأولى، وصار هذا البيع مستثنى من حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبت من ط و ب وف.

(٢) أخرجه الحاكم في "المستدرك" (٢٢٨٥)، وابن حبان في "صحيحه" (٤٩٢٠)، ومعجم الشيوخ لأبي بكر الإسماعيلي (٧٨)، وابن عبد البر في "التمهيد" (١٦/ ١٠).

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من م.

الكالئ بالكالئ"[1] أي الدين بالدين. وأما إذا تفرقا بعد قبض أحد البدلين [حقيقة، وإن كان صرفًا، فالعقد بينهما باطل؛ لأنهما افترقا وقد بقي بينهما عمل، فإن أحد البدلين][2] بقي دينًا لأحدهما على صاحبه، فيحتاج إلى قبضه بعد ما تفرقا عن المجلس، ورسول الله ﷺ جوز بيع الدين بالدين في الصرف إذا افترقا، وليس بينهما عمل، فإذا افترقا، وبقي بينهما عمل لم يكن داخلًا تحت المجوز، ويكون داخلًا تحت المحرم، وهو النهي عن بيع الدين بالدين، وإن لم يكن صرفًا، فالعقد جائز؛ لأن البدل المقبوض صار عينًا بالقبض، فيكون هذا افتراقًا عن عين بدين، وأنه لا يفسد العقد في غير الصرف، وعلى هذا جميع بياعات الناس.

وأما إذا تفرقا بعد قبض أحد البدلين حكمًا، لا يجوز، سواء كان عقد صرف، أو غير عقد صرف؛ لأنهما افترقا عن دين بدين، وأنه يفسد العقد صرفًا كان أو غير صرف.

١١٩٠٥ - وإذا اشترى درهمًا بيضًا، فأعطاه البائع مكانه سوادًا، ورضي به المشتري، جاز؛ لأن السود دراهم، ولكن مع العيب، فكان الجنس واحدًا، فإذا رضي المشتري بسقوط حقه عن الجودة، كان مستوفيًا، لا مستبدلًا، فيجوز، والمراد من السود المضروب، ومن النقرة السود إلا الدراهم التجارية، حتى لو قبض مكان الدراهم البيض درهمًا تجاريًّا، لا يجوز؛ لأن الجنس مختلف، فيكون هذا استبدالًا، فلا يجوز.

وإذا أعطى البيض مكان السود، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، والشيخ أبو الحسن القدوري أنه يجبر على القبول، وإليه أشار عصام في "مختصره".

١١٩٠٦ - وإذا باع فلسًا بفلسين [حالة الرواج، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: أحدهما: أن يبيع فلسًا بغير عينه بفلسين][3] بغير أعيانهما، وفي هذا الوجه البيع فاسد لوجهين: أحدهما: أن هذا بيع الدين بالدين، والثاني: أن الجنس بانفراده محرم للنسء عندنا، على ما يأتي بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى.

الوجه الثاني: إذا باع فلسًا [بعينه] بفلسين بأعيانهما، وفي هذا الوجه البيع جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: [لا] يجوز، وجه قوله: إن الفلوس أثمان، حتى لا يتعين بالتعيين، وبيع الأثمان واحدًا باثنين لا يجوز، كبيع

(١) أخرجه الطحاوي في "معاني الآثار" (٤/ ٢١)، والدارقطني في "سننه" (٣٠٧٠)، وذكره الحافظ في "الدراية" (٨٠٤) وفي "التلخيص" (٣/ ٢٦).

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الدراهم والدنانير واحداً باثنين.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أن ثمنية الفلوس إنما تثبت باصطلاح الناس، فإذا عيناه، فقد أبطلا جهة الثمنية، تعادت [سلعة كما كانت، فيجوز البيع متساوياً ومتفاضلاً، فإن قيل: إن الثمنية] تثبت باصطلاح الكل، فلا تبطل باصطلاحهما على خلاف ذلك؟ قلنا: الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما، لا باصطلاح غيرهما؛ لأنه لا ولاية تغيرهما عليهما، ولو قلنا: إن الثمنية لا تبطل إلا أن ربا العقد إنما يجري بالجنس والقدر، وهو الكيل أو الوزن، وههنا إن وجد الجنس لم يوجد القدر، أما الكيل فظاهر، وأما الوزن، فلأن الناس تعارفوا بيع الفلوس عدداً لا وزناً، ولهذا قلنا: إذا باع فلساً بعينه بفلس بعينه، وأحدهما أثقل من الآخر وزناً، أنه يجوز، ولو كان موزوناً لكان لا يجوز، كما إذا باع درهماً بدرهم، وأحدهما أثقل وزناً من الآخر، وههنا لما جاز علمنا أن الوزن ساقط الاعتبار في الفلوس، فلم يوجد إلا الجنس، فلا يجوز الربا.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: وكل جواب ذكرنا في الفلوس، فهو الجواب في الدراهم التجارية، أعني به العطارف؛ لأنها من جملة الفلوس؛ لأنها صفر كالفلوس، وكذلك الجواب في الرصاص والسوق، قالوا: ويجب أن يكون في العدالي كذلك؛ لأن الصفر فيه غالب، فصار بمنزلة الفلوس.

الوجه الثالث: إذا كان أحد البدلين عيناً، والآخر ديناً، وفي هذا الوجه إن كان ما في الذمة مؤجلاً، لا يجوز البيع لما ذكرنا أن الجنس بانفراده يحرم النسيء عندنا، وإن كان ما في الذمة غير مؤجل، لا شك أن على قول محمد رحمه الله تعالى. لا يجوز؛ لأن عنده لو باع فلساً بعينه بفلسين بأعيانهما لا يجوز، فإذا كان أحد البدلين بغير عينه أولى، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: فقد اختلف المشايخ، بعضهم قالوا: يجوز؛ لأن الفلوس عندهما يصير بمنزلة العروض[١] حال مقابلته بجنسه، كما لو باع قمقمة بقمقمتين، فإذا صار الفلس المعين على مذهبهما بمنزلة العرض، كان بمنزلة ما لو باع عرضاً بعينه بفلسين في الذمة.

ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأن الفلس عندهما إنما يتعين بالتعيين حال تعيين البدلين، أما حال تعيين أحد البدلين فلا، وهذا لأن الفلوس الرائجة لها حكم العرض من وجه، ولهذا قال

---

(١) وفي "م": بمنزلة العرض بالتعيين حال مقابلته.

١١٩٠٨ - وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى ، فيمن اشترى فلوساً بدراهم ، وقبض الفلوس ، ولم يقبض الدراهم ، حتى لو افترق ، فهو جائز ، قال : ألا يرى إذا أسلم الدراهم في الفلوس ، فقد اكتفى بقبض الفلوس لصحة العقد ، ووجه ذلك من وجهين . أحدهما : أن الفلوس في الأصل عروض ، وليست بأثمان ، وإنما ثبت لها وصف الثمنية بعارض ، فيجب إثبات هذا الوصف على وجه لا ينعدم المعنى الأصلي ، فاكتفى بقبض أحد البدلين ، كما في العروض ، إذ به يخرج من أن يكون ديناً بدين ، فأما قبض البدلين إنما يعتبر فيما هو أثمان مطلقة بالأصل ، وهذا ليس بهذه الصفة .

والثاني : أن قضية القياس أن لا يجب قبض البدلين في المجلس ، وإن كان العقد صرفاً ، ولكن عرفنا اشتراط التقابض في عقد الصرف بالنص الوارد في بيع الصرف لا يكون وارداً في بيع الفلوس ؛ لأن ثمنية الفلوس دون ثمنية الدراهم والدنانير ؛ لأن ثمنية الفلوس عارضة على شرف الزوال بالكساد ، فرد بيع الفلس إلى ما يقتضيه القياس .

١١٩٠٩ - ذكر القدوري في شرحه أيضاً : قال محمد رحمه الله تعالى : وإذا اشترى فلوساً على أن كل واحد منهما بالخيار ، وتقابضا ، وتفرقا على ذلك ، فالبيع فاسد ؛ لأن الخيار يمنع الملك وصحة القبض ، فكأنهما افترقا من غير قبض ، ولو كان لأحدهما الخيار ، فالبيع جائز : ويجب أن يكون هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى [يريد به إذا كان الخيار لأحدهما](١) ؛ لأن على أصلهما خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له فيما اشترى ، فلا يمنع صحة القبض ، فينعدم القبض المستحق من أحد الجانبين في القبض إنما يعتبر قبضهما لا في أحدهما ، أما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فالخيار مؤثر من الجانبين ؛ فإنه كما لا يملك على المشروط له الخيار ، بدليل البدل(٢) الذي من جانبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، لا يملك هو البدل الذي من جانب صاحبه ، فاشتراط الخيار لأحدهما يمنع صحة القبض ، وتمامه فيهما جميعاً .

قالوا : وينبغي على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى إذا باع فلساً بعينه بفلسين بأعيانهما بشرط الخيار ، أن يجوز البيع ؛ لأنهما بمنزلة العروض في هذه الحالة عندهما .

بدرهم نقداً ، أو نسيئة ، وبقد اشترط قبل القبض جاز ، والفلوس نسيئة ، فهذا كله إشارة إلى أن التقابض في بيع الفلس بالدراهم حتى افترقا ، فهو جائز .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه الزيادة من النسخة "م" .

(٢) لفظ البدل غير مذكور في النسخ الباقية التي عندنا .

فلم يكن القبض شرطاً.

ولو اشترى بفلوس كاسدة في موضع لا تنفق، فإن كانت بأعيانهما جاز، وإن لم تكن معينة لا تجوز؛ لأنها بعد الكساد [تعود] عروضاً، وشرط صحة العقد في العروض التعيين.

١١٩١٠ – قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": وإذا استقرض الرجل من رجل كراً من طعام، وقبضه، ثم إن المستقرض اشترى من المقرض الكر الذي له عليه بمائة درهم جاز؛ لأن المستقرض يصير ملكاً للمستقرض بنفس القبض، ووجب عليه للمقرض كر مثله، فيصح شراءه، بخلاف ما اشترى غير من عليه الكر، حيث لا يجوز؛ لأن هناك الحاجة إلى التسليم، ولا يمكنه التسليم إلا بالقبض، وكان عاجزاً عن التسليم في الحال، وههنا لا حاجة إلى التسليم؛ لأن المبيع في يد المشتري؛ لأنه في ذمته. وإذا جاز الشراء، إن نقد المائة في المجلس، فالشراء ماض على الصحة، وإن افترقا من غير قبض، بطل الشراء، وهذا بخلاف ما لو وجب للمستقرض على المقرض كر حنطة، ثم إن كل واحد منهما اشترى ما عليه لصاحبه بما لصاحبه عليه، وتفرقا، حيث يجوز؛ لأن في المسألة الأولى الافتراق حصل بعد قبض أحد البدلين حكماً، وفي المسألة الثانية [حصل] بعد قبض البدلين حكماً، قالوا: وهذا الجواب الذي ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن عندهما المستقرض يصير ملكاً للمستقرض بنفس القبض، فيجب عليه مثله ديناً في الذمة، فيصح الشراء.

أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: المستقرض لا يصير ملكاً للمستقرض إلا بالاستهلاك بعد القبض، فلم يجب في ذمة المستقرض للحال شيء، فلا يصح الشراء منه، فإذا استهلكه، ثم اشتراه الآن، يصح الشراء منه بلا خلاف.

ثم إذا نقد المشتري وهو المستقرض المائة في المجلس، ثم وجد بكر القرض عيباً، لم يرده؛ لأنه لا وجه إلى رده بحكم الشراء؛ لأن الشراء لم يتناوله، ولا وجه إلى رده بحكم القرض؛ لأن القرض تبرع لا يوجب السلامة عن العيب، لكن يلزم المستقرض مثل المقبوض، ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن؛ لأن المبيع كر وجب في الذمة بدلاً عن المقبوض بحكم القرض، والمقبوض بحكم القرض معيب، فكذا ما وجب بدلاً عنه، والعقد يقتضي السلامة عن العيب، وقد ظهر العيب بالمبيع، وتعذر رده؛ لأنه كان ديناً في ذمة المستقرض، وقد سقط عن ذمته كما اشتراه، وصار بمنزلة ما لو اشترى عبداً، وهلك في يد المشتري، ثم اطلع على

عيبه

ولو كان المقرض المقبوض مستهلكًا، كذا الجواب كما قلنا، إلا أن الفصل الأول يكون مختلفًا، والفصل الثاني يكون مجمعًا، وكذلك الجواب في كل مكيل وموزون غير الدراهم والدنانير والفلوس إذا كان قرضًا، ولو كان المستقرض اشترى الكر الذي عليه بالقرض بكر مثله جاز، إذا كان عينًا، وإن كان دينًا لا يجوز، إلا إذا قبضه في المجلس، لما مر.

١١٩١١ - فإن وجد المستقرض بالقرض عيبًا، لم يرده، ولم يرجع بنقصان العيب، بخلاف الفصل الأول، والفرق في هذا الفصل لو رجع بنقصان العيب، يرجع بنقص الكر الذي دفع المستقرض عوضًا عن المستقرض، فيكون هذا مبادلة [كر] من طعام بأقل من الكر، وذلك ربا، أما في الفصل الأول لو رجع بنقصان العيب، يرجع بنقصان الدراهم التي دفع المستقرض عوضًا عن الكر المستقرض، فيكون هذا مبادلة كر بأقل من مائة درهم، وذلك جائز.

١١٩١٢ - ولو اشترى المشترى[1] الكر المستقرض بعينه، وهو مقبوض، لم يصح شراؤه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنه صار [ملك] المستقرض بنفس القبض، فإنما اشترى ملك نفسه، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يصح؛ لأنه صار ملك المقرض.

فإن قيل: [لم] لا تقدم فسخ القرض تصحيحًا لما قصد، كما تقدم فسخ البيع بألف على البيع[2] بألفين تصحيحًا لما قصد؟ قلنا: فسخ القرض لا يتم إلا برد المقرض، وذلك فعل، والأفعال لا يمكن إثباتها بطريق الاقتضاء، فلا يثبت فسخ القرض إلا إذا سقط اعتبار الرد شرطًا لتمام الفسخ مقتضى الإقدام على البيع، ولا وجه إلى ذلك؛ لأن ما صار شرطًا للشيء لا يسقط اعتباره، وإن كان ثبوت ذلك الشيء بطريق الاقتضاء، ونظير هذا ما قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه فيمن قال لغيره: أعتق عبدك عني بغير شيء، لا يثبت الهبة بطريق الاقتضاء؛ لأن القبض شرط لها، وإنه فعل، فلا يمكن إثباته بطريق الاقتضاء، إلا إذا سقط اعتبار القبض شرطًا للهبة، ولم يسقط، وإن كان ثبوت الهبة مقتضى غيره، وهو الإعتاق عن الآمر، كذا هنا.

١١٩١٣ - ولو اشترى [المقرض] من المستقرض عين القرض صح عند أبي حنيفة رضي الله تعالى؛ لأنه ملك المستقرض، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا يصح؛

---

(١) وفي النسختين: لم، وفي م: المستقرض.

(٢) هكذا في الأصل، وفي النسخة ظ: على البيع.

لأنه بقي على ملك المقرض.

١١٩٦٤ - رجل أقرض رجلاً ألف درهم على أنها جياد، فقبضها، ثم اشترى المستقرض بها(١) عليه من المقرض بعشرة دنانير؛ صح، أما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ فلأنه وجب على المستقرض مثل تلك الدراهم ديناً في الذمة بنفس القبض.

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى؛ فلأن العقد لا يتعلق بالدراهم المعينة بالإشارة، فلا يتعلق بالدراهم التي في الذمة بالإضافة إليها، بل يتعلق بمثلها، ويصير هو بائعاً الدنانير بمثل تلك الدراهم، فصار وجود تلك الدراهم في الذمة والعدم بمرتبة. بخلاف مسألة الطعام؛ لأن العقد يتعلق بالطعام العين بالإشارة إليه، فيتعلق بما في الذمة بالإضافة، فإذا لم يكن في ذمته شيء، لا يصح الشراء، ثم إذا صح الشراء ههنا بالاتفاق، فإن لم ينقد الدنانير في المجلس، وافترقا، بطل العقد، وإن نقد الدنانير في المجلس، فالعقد مضى على الصحة؛ لأن في الوجه الأول افترقا بعد قبض البدلين حكماً، وفي الوجه الثاني افترقا بعد قبض البدلين: أحدهما: حقيقة، والآخر: حكماً، فإن وجد المستقرض الدراهم القرض زيوفاً، أو نبهرجة، لم يردها على ما ذكرنا، ولا يرجع بنقصان العيب ههنا أيضاً. بخلاف مسألة شراء الكر الذي عليه بالدراهم، والفرق أن العقد يتعلق بالكر الذي هو عين بالإشارة، فيتعلق بالكر الذي في ذمة المستقرض بالإضافة، فإذا تعلق العقد بالكر الذي في ذمة المستقرض، فلو رجع بحصة العيب من الدراهم، كان [مشترياً] الكر بأقل من مائة، وإنه ليس برباً. أما العقد لا يتعلق بالدراهم التي في ذمة المستقرض، بالإضافة إليها، لما ذكرنا، فيجب للمستقرض بهذه المبايعة ألف درهم في ذمة المقرض بدلاً عن الدنانير، وللمقرض على المستقرض ألف درهم مثل ذلك بزعمهما، فالتقيا قصاصاً، وصار المستقرض قاضياً ما كان عليه للمقرض بما وجب للمستقرض في ذمة المقرض بالشراء [فلو رجع عليه بنقصان العيب ليسلم له ألف درهم وشيء بمقابلة ألف درهم، وهذا هو الربا](٢).

١١٩٦٥ - وإذا ادعى الرجل على غيره شيئاً مما يكال أو يوزن أو يعد، فاشتراه المدعى عليه من المدعي بمائة دينار، ثم تصادقا أنه لم يكن للمدعي على المدعى عليه شيء، فالعقد باطل تفرقا، أو لم يتفرقا؛ لأن العقد يتعلق بالكر في الذمة بالإضافة، فإذا تبين [أنه] لم يكن

---

(١) وفي النسخة "ظ": بما.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

في الذمة، تبين أنه باع المعدوم، وبيع المعدوم باطل.

١١٩١٦ - ولو ادعى دراهم، أو دنانير، أو فلوسًا، فاشترى من المدعى عليه بدراهم، ونقد الدراهم، ثم تصادقا أن لم يكن عليه شيء، ففي مسألة الدراهم والدنانير إن لم يتفرقا، ورجع بمثل ما اشترى في المجلس، يصح العقد؛ لأن العقد ثم يتعلق بالمسمى في الذمة، فيجعل كأنه وجد مطلقًا، فلا يبطل بتأخير القبض إلى آخر المجلس، ولو تفرقا عن المجلس، بطل العقد لافتراقهما عن المجلس قبل قبض أحد البدلين حقيقةً في [عقد الصرف، وفي] الفلوس لا يبطل العقد، وإن تفرقا عن المجلس قبل قبض ما اشترى؛ لأن في بيع الفلوس بالدراهم، يكتفى بقبض أحد البدلين حقيقةً؛ لأنه ليس بصرف على ما ذكرنا.

١١٩١٧ - وإذا اشترى الرجل من غيره شيئًا بدراهم على المشتري، وهما يعلمان أنه لا شيء للبائع على المشتري لا يجوز، ويكون هذا بمنزلة شراء بغير ثمن؛ لأنه سمى مالا يتصور ثمنًا.

١١٩١٨ - وإذا باع درهمًا كبيرًا بدرهم صغير، أو درهمًا جيدًا بدرهم رديء، يجوز؛ لأن لهم فيه غرضًا صحيحًا، فأما إذا كانا مستويين في القدر والصفة، فبيع أحدهما بالآخر، هل يجوز، وهل يصير مثله في دينًا في الذمة، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: لا يجوز، وإليه أشار محمد في الكتاب، وبه كان يفتي الحاكم الإمام أبو أحمد رحمه الله تعالى.

١١٩١٩ - وإذا اشترى من آخر ألف درهم بمائة دينار، ونقد مشتري الدراهم الدنانير، ولم ينقد بائع الدراهم، وقد كان لبائع الدراهم على مشتري الدراهم ألف درهم دين قبل عقد الصرف، فقال بائع الدراهم لمشتري الدراهم: أجعل الألف التي وجبت لك [علي] بعقد الصرف بالألف التي لي عليك، ورضي به المشتري [جاز]، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز، ولقب المسألة أن المتصارفين إذا تقاصا بدل الصرف بدين وجب قبل عقد الصرف، جاز استحسانًا؛ لأنهما لما قصدا وقوع المقاصة، فقد حولا عقد الصرف إلى تلك الدين، ولو أضيف إليه العقد في الابتداء، بأن اشترى بالعشرة التي له عليه دينارًا، وقبض الدينار في المجلس يجوز، فكذا إذا حولا العقد إليه في الانتهاء، وهذا لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة، وتحويل الصرف إلى ذلك الدين طريق صحيح، هذه المقاصة وما يتوصل به إلى المقصود يكون

مقصودة لكل واحد [فهو معنى قولنا: حولا عقد الصرف إلى ذلك الدين][1]؛ ولهذا شرطنا التراضي منهما على المقاصة، وإن كان في سائر الديون تقع المقاصة بدون التراضي؛ لأن هذا تحويل العقد إلى ذلك الدين، والعقد قد تم بهما، والتصرف فيه بالتحويل لا يكون إلا بتراضيهما، وأما المقاصة بدين وجب عليه بالشراء بعد عقد الصرف، بأن اشترى رجل من رجل دراهم بدينار، ونقد الدينار، ولم يقبض الدراهم حتى اشترى مشتري الدراهم من بائع الدراهم ثوبًا بدراهم، فقال بائع الدراهم لمشتري الدراهم: اجعل الدراهم التي لي عليك [من ثمن الثوب] بالدراهم التي لك علي بعقد الصرف، وتراضيا عليه، ذكر في رواية أبي سليمان: أنه يجوز، وإليه أشار في "الزيادات"، وذكر في رواية أبي حفص: أنه لا يجوز، وهذا أصح، وجه ذلك: لأنهما إنما يملكان تحويل العقد إلى ما كان يصح منهما إضافة العقد إليه في الابتداء، وذلك في الدين الذي سبق وجوبه على عقد الصرف، لأن الدين الذي تأخر وجوبه عن عقد الصرف [وفي هذه المسألة كلمات كثيرة، ولها فروعات كثيرة كتبنا جملة ذلك في بيوع المنتقى][2]

١١٩٢٠ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": وإذا بيعت الدراهم المغشوشة بالفضة الخالصة، فهو على ثلاثة أوجه: الأول: [أن] تكون الفضة فيها مغلوبة، بأن كان ثلث هذه الدراهم صفرًا، وثلثها فضة، فبيع هذه الدراهم بالفضة الخالصة وزنًا بوزن، فإن كان وزن الفضة الخالصة [مثل] وزن هذه الدراهم المغشوشة، يجوز؛ لأن قدر ما في الدراهم المخلوطة من الفضة تقابله من الفضة الخالصة مثل وزنه، والباقي من الفضة الخالصة بإزاء الصفر الذي في الدراهم، فيقع الأمن من الربا، وكذلك لو بيعت هذه الدراهم بفضة خالصة وزنها أكثر من وزن هذه الدراهم، يجوز المغشوشة، وإن بيعت هذه الدراهم بفضة وزنها أقل من [وزن] هذه الدراهم المغشوشة، فإن كانت الفضة الخالصة أكثر من الفضة التي في الدراهم المغشوشة، صح أيضًا؛ لأن قدر ما في الدراهم المخلوطة من الفضة [الخالصة] بإزاء الصفر في الدراهم، فيقع الأمن عن الربا.

وإن كانت الفضة الخالصة مثل ما في وزن الدراهم المخلوطة من الفضة، كان باطلا؛ لأن الصفر لا يقابله شيء من هذه الصفرة، فيكون ربا، وكذلك إن كانت الفضة الخالصة أقل وزنًا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من النسخة م.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من النسخة م فقط.

من الفضة التي في الدراهم، لا يجوز من الطريق الأولى، وكذلك إذا كان لا يدري أي الفضتين أكثر الخالصة منهما، أو المخلوطة، أو هما سواء؛ لا يجوز؛ لأن هذا البيع يجوز بجهة واحدة، وهي أن تكون الفضة الخالصة أكثر، ولا يجوز من الوجهين، وهو أن يكون من الفضة المخلوطة أكثر، أو كانا سواء، فكان ما يوجب الفساد أغلب، فرجح جانب الفساد.

١١٩٢١ - الوجه الثاني: أن تكون الفضة في الدراهم المغشوشة غالبة، بأن كان ثلثاها فضة، وثلثها صفراً، فبيعت بالفضة الخالصة، لم يجز إلا سواء بسواء؛ لأن الصفر إذا كان أقل، كان مغلوباً مستهلكاً، فلم يعتبر، وصار كغش الفضة، فاعتبر بيع الزيوف بالجياد، وقد جاءت السنة في هذا أن جيدها ورديئها سواء، فلم يعتبر الصفر حالة كونه مغلوباً، بل هدره.

والفرق بين الصفر وبين الفضة، حيث اعتبر الفضة، وإن كانت مغلوبة، ولم يجعلها هدراً، والفرق بينهما وهو أن الفضة إن كان أقل، فهي قائمة للحال حقيقة، فإنها ترى وتشاهد؛ لأن اللون لون الفضة، ومتى أذيبت، تخلص الفضة، وتخرج بيضاء نقية، ولا تحترق، وإنما تحترق الصفر، وما أمكن تخليصه لا يكون مستهلكاً، وكانت الفضة قائمة باعتبار الحال والمآل، هذا من جهة الحقيقة، وأما من جهة العرف، فلأن الفضة لا تجعل في الصفر لتصير خلطاً في الصفر، بل لترويج الصفر بالفضة، ولهذا سموه دراهم، ولهذا جعلوا الفضة ظاهراً، والصفر باطناً، فكانت الفضة معتبرة، وإن كانت أقل من الصفر، فأما الصفر إذا كان أقل، فإنه مستهلك باعتبار الحال؛ لأنه لا يشاهد في الدراهم، وكذا باعتبار المآل، فإن الصفر يحترق عند التمييز؛ لأنه أضعف جوهراً من الفضة، فكان أشد احتراقاً على ما يقول أهل هذه الصنعة، وهم السباكون، فلم يكن به عبرة، هذا من جهة الحقيقة.

وكذا من جهة العرف، فإن الصفرة إنما يجعل في الفضة ليكون خلطاً للفضة، ويردها من الجودة إلى الرداءة، فصار بمنزلة غش الفضة، فسقط اعتباره، وصار هذا البيع بمنزلة بيع فضة جيدة بفضة ردية، فيعتبر فيه المساواة على ما مر.

١١٩٢٢ - وأما الوجه الثالث: وهو ما إذا كانا على السواء، بأن كانت الدراهم المغشوشة نصفها فضة، ونصفها صفر، فبيعت بالفضة الخالصة، قال في الكتاب: هذا على وجهين: إما إن كانت الفضة التي في الدراهم غالبة على الصفر، أو لم تكن، فإن كانت الفضة هي الغالبة، فهذا والوجه الثاني من الباب سواء؛ لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا وزناً بوزن، وإن لم تكن الفضة هي الغالبة، بل كانا على السواء، فهو بمنزلة الوجه الأول من الباب، فيكون على التفصيل الذي مر.

فإن قيل: كيف يستقيم هذا التفصيل أن الفضة التي في الدراهم إما أن يكون أغلب من الصفر التي فيها، أو على السواء، وقد وضع المسألة فيما إذا تساويا؟ قلنا: معنى هذا الكلام ما حكي عن العلماء رحمهم الله تعالى من الصيارفة أن الصفر والفضة إذا دخلا في النار، فالصفر أشد منها احتراقًا، وأسرع منهما ذهابًا. فيجوز أن يكون النصف من هذا والنصف من ذلك حال حملهما إلى النار للذوب وبعد ما حملا إلى النار، وأذيبا، واختلطا، يحترق شيء من الصفر قبل أن يذوب شيء من الفضة، فتصير الفضة في النار غالبة على الصفر، فإنما أراد بقوله النصف من هذا والنصف من ذلك حال حملهما إلى النار، وما فصل من الجواب، بقوله: إذا كانت الفضة غالبة، أو كانا على السواء، أراد بذلك بعد ما أذيبا، فربما ينتقص الصفر، فيصير الفضة غالبة، وربما لا ينتقص، فيبقيان على السواء.

وإن كانت الفضة هي الغالبة، كان نظير الوجه الثاني من الباب، وإن كان على السواء، كان نظير الوجه الأول من الباب، فيكون على التفاصيل التي مرت، ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في هذه المسألة ما إذا كان الصفر غالبًا على الفضة، وإنما لم يذكر لأنه وضع هذه المسألة فيما إذا كانت الفضة والصفر سواء حال حملهما إلى النار، وتصير الغلبة بعد الذوب والاختلاط، وغلبة الصفر بعد الذوب إذا كانا على السواء قبل ذلك لا يكون بحال، لأن الصفر أكثر احتراقًا من الفضة على ما مر، فإنما لم يذكر هذا الوجه في هذه المسألة لهذا.

١١٩٢٣ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع» أيضًا: وإذا كانت الدراهم ثلثاها صفر، وثلثها فضة، فاشترى بها رجل متاعًا وزنًا، جاز على كل حال، ولا تتعين تلك الدراهم، وإن اشترى بدراهم مسماة من هذه الدراهم بغير عينها عددًا، وهي بينهم وزنًا، فلا خير في ذلك، لأن قوله: اشتريت بكذا درهمًا انصرف إلى الوزن؛ لأنهم متى تعاملوا الشراء بها وزنًا، لا عددًا، تعروت الصفة الأصلية للدراهم، وهي الوزن، وصارت العبرة للوزن والثمن إذا كان موزونًا إنما يصير معلومًا بأحد الأمرين، إما بذكر الوزن أو بالإشارة إليها، ولم يوجد شيء من ذلك، فكان الثمن مجهولًا، وهذه جهالة توقعهم في المنازعة؛ لأن فيه الخفاف والثقال، والثقل معتبر عند الناس [متى تعملوا] الشراء بها وزنًا، فلهذا لم يجز، وإن اشتراها بعينها[1] عددًا، فلا بأس، وإن كان تعامل الناس المبايعة بها وزنًا؛ لأن جهالة الوزن في المشار إليه لا يمنع جواز البيع، فيصح، ويصير التعيين معتبرًا لبيان النقد والمقدار، فيصير كأنه قال.

---

(١) هكذا في النسخ الموافق التي عندنا، وكان في الأصل: بغيرها.

اشتريت بمثل وزن هذه الدراهم، فبعد ذلك إن أدى من غيرها ما يحتاج إلى وزن هذه الدراهم المشار إليها ليمكنه معرفة قدرها بالوزن، فيمكن من أداء غيرها بمثل وزن هذه الدراهم، وإن أدى عينها[1] كما في الدراهم الخالصة.

١١٩٢٤ - ولو عيّن هذه الدراهم وسماها، وقال: اشتريت [منك] هذا المتاع بهذه الدراهم، وهي كذا كذا درهمًا، أراد به تسمية الوزن، وكان يباع فيما بين الناس وزنًا، وقع ذلك على الوزن؛ لأن تقدير كلامه: اشتريت منك هذا العرض بهذه الدراهم [على أنها ألف، أو على أنها مائة. ولو قال: هكذا، ويجب على المشتري أن يوفيها وزنًا على الوزن الذي][2] يكون في بلادهم كذا ههنا، هذا إذا كان يباع بينهم وزنًا، وإن كان يباع بينهم عددًا، فاشترى بها بغير عينها عددًا، جاز، وإن كان فيها الخفاف والثقال؛ لأن الناس متى تعاملوا الشراء بها عددًا، لا وزنًا، فالجهالة من حيث الثقل والخفة لا توقعهما في المنازعة، فلا يمنع الجواز.

وإن كانت الدراهم ثلثاها صفرًا، فهي بمنزلة الدراهم الزيوف، والنبهرجة إن اشترى بها، إن لم يكن مشارًا إليها، لا يجوز الشراء إلا وزنًا، كما لو كان الكل فضة زيفًا، ولهذا لم يجز استقراضها إلا وزنًا، وإن كان مشارًا إليها، يجوز الشراء بها [من غير وزن] كما في الدرهم الزايف، وإن كانت الدراهم نصفها صفرًا، ونصفها فضة، فالجواب فيما إذا كانت الدراهم ثلثاها صفرًا، وثلثها فضة سواء؛ لأن عند الاستواء لا يصير الفضة تبعًا للصفر، فلا يجوز الشراء في حق الفضة تبعًا للصفر، فلا يجوز الشراء في حق الفضة إلا بطريق الوزن، فكذا في حق الصفر.

١١٩٢٥ - ولو اشترى رجل من آخر ثوبًا بدراهم بعينها من التي ثلثاها صفر، وهي عندهم تباع وزنًا، أو عددًا، ولم يتفرقا حتى ضاعت، لم ينتقض البيع حتى يعطيه مثلها؛ لأنها إن كانت تباع وزنًا، فهي بمنزلة الدراهم، وإن كانت تباع عددًا، فهي بمنزلة الفلوس الرائجة، وأيهما كان لا يتعين بالتعيين، فهلاكها لا يوجب انتقاض البيع، هذا إذا علم عددها، أو وزنها، حتى يتمكن المشتري من إعطاء مثلها عددًا، أو وزنًا، كما قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب، أما إذا لم يعلم، ينتقض البيع؛ لأن الثمن يصير مجهولًا، فلا يتهيأ للمشتري رد مثل المشار إليها، والحالة هذه.

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: من غيرها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

وإن كانت الدراهم ثلثاها فضة ، وثلثها صفراً ، فهي بمنزلة الدراهم البهرجة والزيوف ، لا ينتقض البيع بهلاكها ، ويرد مثلها وزناً إن علم وزن المشار إليه ، فإن لم يعلم وزن المشار إليه ، ينتقض البيع ، وكذلك الجواب فيما إذا كان نصفها فضة ، ونصفها صفراً ؛ لأنه إذا كان هكذا ، فهو بمنزلة فضة ضم إليها ، فليس رابح ، فلا يتعين أيضاً . وإن كانت الدراهم ثلثاها صفراً ، بيعت وزناً بيع السلع ، يجب أن يتعين بالتعيين ، فيبطل البيع بهلاكها قبل التسليم ، كذا قاله مشايخنا رحمهم الله تعالى .

١١٩٢٦ - وإذا كانت الدراهم صنوفاً مختلفة ، منها ثلثها فضة ، وثلثاها صفر ، ومنها [ما ثلثها صفر] وثلثاها فضة ، ومنها ما نصفها فضة ، ونصفها صفر ، فلا بأس ببيع إحدى هذه الصنوف بالصنف الآخر متفاضلاً ، يداً بيد ، ولا خير في ذلك نسيئة ، يريد به لا بأس ببيع ما كان الصفر فيه غالباً بما كان الصفر فيه مغلوباً ، وبيع ما كان الصفر فيه مغلوباً بما كان الصفر والفضة فيه على السواء ، أو على العكس يداً بيد ، ولا خير فيه نسيئة ، أما لا بأس به يداً بيد وإن كان متفاضلاً ؛ لأنه يصرف فضة هذا إلى صفر ذلك ، وصفر ذلك إلى فضة هذا ، فيجعل بمنزلة ما لو باع صفراً وفضة بصفر وفضة ، فإنه يجوز كيف ما كان ، ولكن بعد أن يكون يداً بيد ، وأما لا خير فيه نسيئة ؛ لأن الوزن يجمعهما ، وهما ثمنان ، فيحرم النسء .

وأما إذا باع صنفاً منها بذلك الجنس متفاضلاً ، ففيما إذا كانت الفضة غالبة لا يجوز ؛ لأن المغلوب ساقط الاعتبار ، فكان الكل فضة ، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل ، وفيما إذا كان الصفر غالباً ، أو كانا على السواء ، يجوز متساوياً ومتفاضلاً ؛ لأن الصفر معتبر ، والفضة كذلك ، فأمكن صرف الجنس إلى خلاف الجنس ، ويشترط أن يكون يداً بيد باعتبار صورة الفضة ، وعلى قياس هذه المسألة قالوا : إذا باع من العدليات التي في زماننا واحداً باثنين ، يجوز بعد أن يكون يداً بيد ، هذه الجملة من الجامع الكبير .

١١٩٢٧ - وفي نوادر ابن سماعة : سئل أبو يوسف رحمه الله تعالى عن بيع درهم بخاري بدرهمين بخاريين ، وقد يكون في بعض البخاري من النحاس دانقين ونصف ، وفي بعضها دانقين ، قال : لا يجوز من قبل أن الفضة غالب ، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن ، قال : ولو كان النحاس غالباً ، لا يجوز أيضاً ، إلا مثلاً بمثل .

وفي زمن الغطارفة ببخارى أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى كانوا يفتون بجواز بيع غطريفية بغطريفيين يداً بيد ، وكانوا يقولون في كل غطريفة سدس فضة ، فإن بيع منها اثنان ، أو ثلاثة ، أو أربعة ، أو خمسة بدرهم فضة خالصة يجوز ، ويجعل من الفضة الخالصة بمثل الفضة

التي في الغطارفة، والفضل بإزاء النحاس.

١١٩٢٨ - وسئل أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه عن الدراهم البخارية إذا كان الغالب فيها النحاس، فقال: هي بمنزلة الفلوس، وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى لا يفتي بجواز بيع الغطارفة واحداً باثنين، وكان يقول: الغطارفة ثمناً في بلادنا بخارى، لا يبطل ولا يتغير، فأخذها بالدراهم الجياد، وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: إذا كان النحاس هو الغالب على الفضة في الدراهم، وكل واحد منهما يخلص على حدة إن خلص لم يجز أن يشتريها إلا بأكثر من الفضة التي فيها، وإن كان يحترق الفضة، ويبقى النحاس، فهو نحاس كله، ولا بأس بأن يشتريه بأقل من الفضة التي فيها، وهي بمنزلة الفلوس، ولا تحتسب بالفضة التي تحترق، فلا تبقى.

وإن كانت الفضة تبقى والصفر يحترق[١]، لم يحتسب بالصفر، وعومل به كما يعامل بالفضة، ثم قال: كل شيء من ذلك يحترق، فيذهب، ويذوب لم يحتسب به.

١١٩٢٩ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر ديناراً بعشرين درهماً، وقبض الدينار، ولم يدفع الدراهم حتى وهب الدينار لبائعه، ثم فارقه قبل أن يدفع إليه الدراهم، الهبة في الدينار جائزة، ولبائع الدينار على مشتري الدينار دينار مثله؛ لأن بالافتراق قبل قبض الدراهم بطل عقد الصرف، فوجب على المشتري رد ما قبض من الدينار، وقد عجز عن رد عينه، فيلزمه رد مثله، فلا يحكم بانتقاض الهبة ببطلان عقد الصرف.

وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن البيع باطل، والهبة باطلة؛ لأنها بناء على البيع، وقد بطل البيع بالافتراق، ولا شيء على المشتري لبائع الدينار؛ لأن بانتقاض الهبة رجعت الهبة إلى بائعها بحكم قديم ملكه، فلا شيء له غير ذلك.

١١٩٣٠ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى: رجل له على رجل كر حنطة، فباعه إياه بعشرة دراهم على أن مشتري الكر فيه بالخيار إلى أجل مسمى، وقبض الدراهم، قالوا: هذا فاسد؛ لأن مشتري الكر لم يملك الدراهم حين شرط الخيار لنفسه في الكر، فهذا دين بدين؛ لأنه اشترى الكر، وهو دين بعشرة دراهم، وهو دين حين لم يملكها بائع الكر.

---

(١) هكذا في النسخ التي بين أيدينا، وكان في الأصل: يحترق.

نوع آخر

في بيع الأشجار وفي بيع الثمار، وإنزال الكرم والأوراق، والبطيخة وفي بيع الزرع، والرطب والحشيش:

١١٩٣١ - ذكر في «فتاوى أبي الليث»: فيمن اشترى أشجاراً ليقطعها من وجه الأرض، فلم يقطع حتى أتى على ذلك مدة، وجاء أوان الصيف، فأراد المشتري أن يقطعها، فهذا على وجهين: الأول: أن لا يكون في القطع ضرر بيّن بالأرض وأصول الأشجار، وفي هذا الوجه له أن يقطعها؛ لأنه يتصرف في ملكه. الثاني[1]: إن يكون في القطع ضرر بيّن بالأرض وأصول الأشجار، وفي هذا الوجه ليس له أن يقطع دفعاً للضرر عن صاحب الأرض والأشجار، وإذا لم يكن للمشتري ولاية القطع في هذه الصورة، ماذا يصنع؟

اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: يدفع صاحب الأرض قيمة الأشجار إلى مشتريها، وتصير الأشجار له، واختلفوا فيما بينهم أنه يدفع قيمتها مقطوعة، أو قائمة؟ بعضهم على أنه يدفع قيمتها قائمة؛ لأنه يتملكها قائمة، وهو الصحيح، وبعضهم قالوا: ينتقض البيع بينهما في الأشجار، ويرد صاحب الأرض على المشتري ما دفع إليه من ثمن الأشجار؛ لأنه عجز عن التسليم معنى، وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر الهندواني، واختاره الصدر الشهيد في «واقعاته»، وهكذا كان يفتي في جنس هذه المسائل نحو بيع الأوراق وغير ذلك.

١١٩٣٢ - وفي «فتاوى أهل سمرقند»: طلب الرجل من آخر أن يبيع منه أشجاراً في أرضه للحطب، فاتفقا على رجال من أهل البصرة لينظروا الأشجار بعينها أنها كم وقراً يكون من الحطب، فاتفقوا على أن هذه الأشجار خمسة وعشرون وقراً من الحطب، فاشتراها بثمن معلوم، فلما قطعها كانت أكثر من خمسة وعشرين وقراً، وأراد البائع أن يمنع الزيادة، ليس له ذلك؛ لأن هذا وصف الشجر[2]، فيطيب للمشتري، كالزيادة في الثوب.

١١٩٣٣ - وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله تعالى: رجل له شجرة، جعل على بعض الأشجار علامة، فباع الشجرة إلا الأشجار التي عليها العلامات، فقطع المشتري الأشجار، ثم ادعى البائع على المشتري أنك قطعت بعض الأشجار التي عليها العلامة، وأنكر المشتري،

---

(١) وفي «م»: لأنه يتصرف في ملكه، وإن كان فيه ضرر بيّن، فليس له أن يقطع دفعاً للضرر... إلخ.

(٢) وفي «ط»: وصف الأشجار، وفي «م»: وصف الشجر.

في تتمة شيخ الإسلام في باب منفعة الأرض بالأشجار: [قد ذكرنا جواز شراء الشجرة بشرط القلع قبل هذا من غير ذكر اختلاف المشايخ.

١١٩٣٨ - وفي العيون: إذا باع نصيبًا له من شجرة بغير إذن الشريك بغير رضى، فإن كانت الأغصان قد بلغ أوان قطعها، فالبيع جائز، وإن لم يبلغ لم يجز؛ لأن في الوجه الأول شريكه لا يتضرر بالقسمة، وفي الوجه الثاني يتضرر][1]

١١٩٣٩ - والبيع في الثمار على الأشجار فيه على وجهين: الأول: أن يبيعها قبل الطلوع، أي قبل الظهور، وفي هذا الوجه لا يجوز البيع. الوجه الثاني: أن يبيعها بعد الطلوع، وإنه على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يبيعها قبل أن تصير منتفعًا بها، بأن لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب، وفي هذا اختلف المشايخ، ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده أنه لا يجوز، وذكر شيخ الإسلام أبو الحسن القدوري والقاضي الإمام الإسبيجابي: أنه يجوز، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في كتاب الزكاة في باب العشر.

وفي الجامع: في كتاب الإجارات [وهو الصحيح][2]، والحيلة في ذلك حتى يجوز هذا البيع على قول الكل أن يبيعه مع أوراقه، بأن يبيع الكمثرى في أول ما يخرج مع ورده مع أوراقه، فيجوز البيع في الكمثرى تبعًا للبيع في الأوراق، ويجعل كأنه ورق كله حتى يجوز البيع.

الوجه الثاني: إذا باعه بعد ما صار منتفعًا به، ولم يتناه عظمه، ولا شك أن في هذا الوجه يجوز البيع إذا باعه مطلقًا أو بشرط القطع، وإن باع بشرط الترك، فالقياس أن لا يجوز، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى، وفي الاستحسان: يجوز، وبه أخذ محمد رحمه الله تعالى، ووجه ما ذهب إليه محمد أن شرط الترك لو أوجب فساد العقد في هذه الصورة، إما أن يوجب من حيث إنه شرط فيه إجارة أو إعارة، ولا وجه إليه؛ لأن إجارة النخل وإعارته لا يتحقق، أو من حيث إنه شرط فيه زيادة مال يحصل للمشتري من مال البائع سوى المبيع، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأنه تناهى عظمه، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمه؛ لأن فيه اشتراط زيادة من مال البائع سوى المبيع. فأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى ذهبا في ذلك إلى أنه شرط في هذا البيع ما لا يقتضيه العقد، أو زيادة مال من مال البائع سوى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والمستدرك [illegible]

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من م

المبيع يحصل للبائع زيادة موجودة وطراوة، وللمشتري فيه منفعة، والبيع لا يقتضي هذا، ومثل هذا الشرط يوجب[1] فساد البيع.

الوجه الثالث: إذا باعه بعد ما صار منتفعًا به، إلا أنه لم يتناه عظمه، وفي هذا الوجه البيع جائز، إذا باع مطلقًا، أو بشرط القلع، وإن باع بشرط الترك، فالبيع فاسد؛ لأن هذا بيع شرط فيه ما لا يقتضيه البيع، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة.

بيانه: أن المشتري شرط لنفسه زيادة مال يحصل له سوى ما دخل تحت البيع من مال البائع، وهذا شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا يوجب فساد البيع لما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ثم إنما جاز البيع إذا باع مطلقًا، أو [بشرط القطع إذا] تركه المشتري حتى أدرك، هل تطيب [له] الزيادة، إن ترك بإذن البائع، أو استأجر منه الأشجار، يطيب له الزيادة؛ لأن الزيادة إنما استفادها [المشتري] من مال البائع بإذنه، فيطيب له ذلك.

١١٩٤٠ - وإذا اشترى ثمار بستان على ما هو العرف، ويقال بالفارسية: بر باغ، وبعض الثمار قد خرج، وبعضها لم يخرج بعد، هل جاز هذا البيع؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز، وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يفتي بجوازه في الثمار، والباذنجان، والبطيخ، وغير ذلك، وكان يزعم أنه مروي عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، وهكذا حكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل أنه كان يفتي بجواز هذا البيع، وكان يقول: اجعل الموجود أصلا في هذا العقد، وما يحدث بعد ذلك تبعًا، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر؛ لأن الأقل يجعل تابعًا للأكثر، أما الأكثر لا يجعل تابعًا للأقل، وقد روي عن محمد رحمه الله تعالى في بيع الورد على الأشجار أنه يجوز، ومعلوم أن الورد لا يخرج جملة، ولكن يتلاحق البعض بالبعض، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: والأصح عندي أنه لا يجوز هذا البيع؛ لأن المصير إلى هذا الطريق إنما يكون عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة ههنا؛ لأنه يمكنه أن يبيع أصول هذه الأشياء مع ما فيها من الثمرة، وما يتولد بعد ذلك يحدث على ملك المشتري، وعلى هذا نص في القدوري.

وإن[2] كان البائع لا يعجبه بيع الأشجار، فالمشتري يشتري الثمار الموجودة ببعض

---

(١) هكذا في النسخة "ف"، وكان في الأصل و"ظ": يوجد.

(٢) وفي النسخة "ظ": وإنما كان.

فللمشتري أن يطلب البائع بحصته مائة [من][1] من الثمن؛ لأن البيع بقدر المائة المن لم يصح فيه البيع لمكان العدم، وصح بقدر التسعمائة من. فيطالب البائع بحصة ما لم يصح فيه البيع، ولا يطالبه بحصة ما صح فيه البيع، قالوا: على قياس [قول] أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ينبغي أن يفسد العقد في الباقي؛ لأن العقد فسد في البعض [بمفسد] مقارن للعقد، وهو العدم، والأصل عنده أن العقد متى فسد في البعض بمفسد مقارن للعقد يفسد [العقد] في الباقي.

وكان القاضي أبو الحسن قاضي الحرمين يروي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه [في جنس هذا أن العقد فاسد في الكل، وبه كان يقول شمس الأئمة الحلواني رحمه الله][2]، وعليه كثير من المشايخ رحمهم الله تعالى، وكان شمس الأئمة السرخسي يقول: بأن العقد [فيما] وجد صحيح عند الكل؛ لأن البائع ما ضم المعدوم إلى الموجود في البيع، بل باع الموجود، وظن أنه مقدار معين، وتبين أنه لم يكن ذلك المقدار، فهذا لا يصير تابعاً المعدوم، وسيأتي جنس هذه المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وفي "النوازل": إذا قال الرجل لغيره: بعت منك عنب هذا الكرم، كل وقر[3] بكذا، والوقر معروف بينهم، فهذا على وجهين: إما إن كان العنب من جنس واحد، وفي هذا الوجه يجوز البيع في الكل، ذكر المسألة مطلقة من غير ذكر خلاف.

قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "واقعاته": يجب أن تكون المسألة على الخلاف على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يجوز في وقر واحد، وعلى قولهما يجوز في الكل، بناء على مسألة الصبرة إذا قال لغيره: بعتك هذه الصبرة من الحنطة، كل قفيز بدرهم، على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يجوز في قفيز واحد، وعندهما يجوز في الكل، قال رحمه الله تعالى: والفتوى على قولهما تيسيراً للأمر على الناس.

وإن كان العنب أجناساً مختلفة، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: ينبغي أن لا يجوز أصلاً، وعلى قولهما: يجوز في الكل [بناء على مسألة القطيع؛ فإن من قال لغيره: بعتك هذا القطيع من الغنم، كل شاة بدرهم، فعلى قول أبي حنيفة: لا يجوز البيع أصلاً،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذا من النسخة "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و"ب".

(٣) وفي "م": كل قفيز بكذا، والقفيز معروف عندهم.

وعندهما يجوز في الكل](١)

١١٩٤٧- وفي "النوازل" أيضاً: إذا باع أوراق الشجر -وقد ظهرت على الشجر- بثمن معلوم، وقبض الثمن، ولم يأخذ المشتري الأوراق حتى ذهب وقتها، وأراد الرجوع بالثمن، فإن كان شرى الأوراق بأغصانها، وكان موضع القطع معلوماً ليس له الرجوع؛ لأنه قادر على [قبض] المشتري بالقطع، إلا أنه إذا كان في القطع فساد الشجر، يخير البائع، إن شاء رضي بالقطع، وإن شاء نقض البيع، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: وهذا هو القول المختار في مسألة بيع الأشجار التي تقدم ذكرها، فإن اشترى الأوراق بدون الأغصان، كان له الرجوع بالثمن؛ لأنه لا يبقى أياماً، فسد البيع؛ لأنه لا بد وأن يخرج شيء من الأوراق في هذه المسألة، فيختلط المبيع [بغير المبيع]، وكذلك بيع ثمار الأشجار على هذا.

١١٩٤٨- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى أوراق التوت على أن يقطعها(٢) من ساعته يجوز، وإن اشتراها على أن يأخذها شيئاً فشيئاً، لا يجوز؛ لأنه يزداد، فيختلط المبيع بغير المبيع، وإن اشتراه، ولم يشترط شيئاً، فإن أخذها في اليوم جاز، وإن مضى اليوم، فسد البيع؛ لأنه يزداد ويمكن التحرز عنه.

والحيلة في ذلك أن يشتري الشجرة بأصلها، ويأخذ الأوراق، ثم يبيع الشجرة من البائع.

١١٩٤٩- وأما بيع المبطخة: رجل أراد أن يبيع مبطخة على وجه يصح البيع بالاتفاق، ينبغي أن يبيع الحشيش وأشجار البطيخ ببعض الثمن الذي تقع عليه، حتى إن ما يحدث بعد ذلك يحدث على ملك المشتري، ثم يؤاجر الأرض من المشتري [ببقية] الثمن، ليتمكن المشتري من إبقاء الحشيش والأشجار، فيحصل مقصودهما.

١١٩٥٠- في "فتاوى أبي الليث" رحمه الله تعالى، وفي "فتاوى الفضلي": [إذا باع من آخر شجرة البطيخ قبل أن تخرج الخدجة بهذه اللفظة: اين خيار زار بتو فروختم، جاز؛ لأن البيع يقع على شجرة البطيخ دون ما يخرج من الخدجة، ثم ما يخرج من الخدجة يخرج على ملكه.

١١٩٥١- وفي هذا الموضع أيضاً: مبطخة بين شريكين، باع أحدهما نصيبه من إنسان

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) هكذا في "م"، وكان في الأصل و"ف" و"ظ": "أن يعطب".

[من غير أرض][1] لا يجوز ؛ لأن في قلعه ضررًا يلحق غير البائع ، والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر ، وإن رضي به ، فينبغي أن يشتري كل المستحقة من الشريكين ، ثم يفسخ البيع في النصف.

وسئل شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله تعالى عن بيع الغالين قبل أن يظهر شيء ، لا يجوز ، وأما بيع الزرع والرطبة والحشيش إذا بيع الزرع وهو بقل ، إن باعه على أن يقطعه المشتري ، أو على أن يرسل دابته فيها يأكل جاز ؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد [وإن باعه على أن يتركه حتى يدرك لا يجوز ؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد][2].

وكذلك إذا باع رطبة ، وفارسيتها : سيست زار ، فهو على التفصيل الذي ذكرنا ، هو المختار ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى.

١١٩٥٩ - في فتاوى أبي الليث : أرض بين رجلين ، فيها زرع لهما ، باع أحدهما نصف الزرع الذي هو نصيبه من غيره بدون الأرض ، فهذا على وجهين : إن كان الزرع مدركًا يجوز ؛ لأنه لا يتضرر هنا [البيع] صاحبه ؛ لأن أكثر ما فيه أن المشتري يقلع الزرع ليمكنه أخذ النصف ، إلا أنه لا ضرر على صاحبه في ذلك إذا كان مدركًا ، وإن كان غير مدرك ، لا يجوز إلا برضا صاحبه ، باع مطلقًا أو بشرط القلع ، وإن باع بشرط الترك لا يجوز ، وإن رضي به صاحبه. أما إذا باع بشرط الترك ، إنما لا يجوز ، وإن رضي به صاحبه ؛ لأن هذا بيع فيه شرط فاسد ، وإنه لا يوجب الفصل بين الرضا وعدم الرضا ، وأما إذا باع مطلقًا ، أو بشرط القطع ، إنما لا يجوز إذا رضي به صاحبه ؛ لأنه تضمن إلحاق الضرر بصاحبه ؛ لأنه لا يمكن للمشتري قلع[3] النصف [وإلقاء النصف ، وإبقاء النصف] باعتبار مساحة الأرض ؛ لأن الزرع في أطراف الأرض يتفاوت ، قد يكون في بعضها ملتف ، ولا يكون في البعض كذلك ، فتتعذر القسمة باعتبار مساحة الأرض ، فيجب اعتبار القسمة باعتبار المقلوع ، فإذا قلع الكل يتضرر به صاحبه إذا لم يكن مدركًا ، وأحد الشريكين إذا تصرف في المحل المشترك ، يتضرر به صاحبه ، وإنه يقبل الرد ، لا يجوز تصرفه إلا برضا صاحبه ، هذه الجملة من صنائع شيخ الإسلام رحمه الله تعالى.

---

(١) هكذا في "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من "ظ" و"ف".

(٣) وفي "م" : لقلع بدلاً من قلع.

أما إذا باع مع الأرض، فلأن بعض الزرع ملك الأكار، وقد باعه صاحب الأرض بدون إذنه. فيتوقف البيع فيه على إجازته، وكذلك توقف بيع الأرض، ونصيب رب الأرض من الزرع؛ لأن المزارع استحق بقية نصيبه في الأرض إلى وقت الحصاد، ولو نفذ البيع، كان للمشتري قلع الزرع، فيبطل حق المزارع في بقية نصيبه.

وأما إذا باع الأرض بدون الزرع، فلهذه العلة أنه لو نفذ البيع بطل حق البائع في بقية نصيبه من الأرض، فإن كان باع الأرض مع جميع الزرع، وأجاز المزارع البيع في الأرض والزرع جميعاً، نفذ البيع، وانقسم الثمن على قيمة الأرض.

وعلى قيمة الزرع فما أصاب الأرض، فهو لصاحب الأرض، وما أصاب الزرع، فهو بين رب الأرض والمزارع نصفان. فإنه لم يجز الزرع البيع، فالمشتري بالخيار إن شاء تربص حتى يدرك الزرع، وإن شاء فسخ البيع؛ لأن البائع عجز عن تسليم ما باع حق الزرع، فصار بمنزلة ما لو عجز بإباق العبد.

١١٩٥٦- وعن أبي يوسف: أن المشتري إذا علم بالمزارعة وقت البيع، فلا خيار له؛ لأن ملحق حق الغير بالمبيع بمنزلة العيب؛ لأن المشتري يمنع نفسه عن الانتفاع، والعيب لم يوجب موت المنفعة، والشراء مع العلم بالعيب لا يوجب الخيار، وإن كان صاحب الأرض باع الأرض وحدها: فإن أجاز المزارع البيع، فالأرض للمشتري، والزرع بين رب الأرض والمزارع، باع الأرض وحدها، فإن لم يجز المزارع البيع، فللمشتري الخيار[1] بين الأرض وإن كان صاحب الأرض باع الأرض بحصة من الزرع، وأجاز المزارع البيع أخذ المشتري الأرض، وحصة رب الأرض من الزرع وقت البيع.

والصحيح أنه ليس له ذلك الوجه الثاني إذا كان الزرع وقت البيع، وفي هذا الوجه إن بيع الأرض وحدها، أو مع حصة من الزرع جاز البيع من غير توقف؛ لانعدام الموجب للتوقف، وهو بطلان حق البائع في بقية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك أن يصبح البيع في هذه الصورة.

١١٩٥٧- وإن باع حصة مع جميع الزرع نفذ البيع في الأرض، ونصيبه من الزرع لرب الأرض، وإن لم يخير، يخير المشتري إذا لم يعلم بالزراعة وقت الشراء لتفريق الصفقة، ولهذه المسألة تفريعات وأجناس تأتي في كتاب المزارعة.

---

(١) وهذه العبارة غير واضحة.

في الباب الأول من بيوع الواقعات: ولو كان مدركًا جاز بيع كل واحد منهما نصيبه من صاحبه؛ وفي مزارعة الجامع الأصغر قال: بعض مزارع بالثلث باع نصيبه من الزرع من رب الأرض أو غيره لا يجوز.

١١٩٥٨ - وفي نوادر إبراهيم بن رستم عن محمد رحمه الله: رجل دفع أرضه مزارعة، ثم باع الأرض بزرعها يعني نصيبه من الزرع، والزرع بقل، وأجاز المزارع، فهو جائز، وإن أجاز على أن يكون ما في الأرض من زرعه فهذا فاسد.

قال في العتابية: وإن استحصد الزرع وقد كان سمى الزرع في البيع، جاز البيع، يقسم الثمن على قيمة الأرض ونصيب البائع، وأحاله إلى كتاب المزارعة.

١١٩٥٩ - وفي المنتقى رواية مجهولة: إذا اشترى الرجل أرضًا فيها زرع لبائعها والحراث اشترى الأرض بنصيب البائع من الأرض، فإن طلب تسليم الأرض لم يجز، وإن قال: أنا أمكث حتى يستحصد الزرع جاز، ولا يصطفي المشتري شيء من الزرع؛ لأنه زاد في أرضه.

وفي العتابية: إذا كانت الأرض بين رجلين، فزرعها أحدهما، ونبت الزرع فرضيا[1] على أن يعطيه الآخر عن بذره ماله، ويكون الزرع بينهما، يجوز، ولا يجوز قبل النبات.

ولو طلب الآخر القلع قسمت الأرض، ويؤمر الزارع بقلع ما في نصيب الشريك، ويغرم نقصان نصيبه للشريك. إن كانت المزارعة قد نقصت الأرض، ومن اشترى أرضًا وزرعها، فأشرك غيره في الأرض والزرع جاز، ولو أشركه في الزرع دون الأرض لا يجوز، ذكره محمد في الرقيات.

١١٩٦٠ - وإذا اشترى أرضًا ونصف زرعها، والزرع بقل، فدفع المشتري الأرض دفعها مزارعة إلى البائع بالنصف لا يجوز؛ لأنه يصير بائعًا الزرع، وهو منقول، وبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وإذا باع الأرض مع نصف الزرع، أشير في كتاب المزارعة في باب العذر في المزارعة: أنه لا يجوز.

ثم بيع نصف الزرع بدون الأرض إنما لا يجوز في موضع كان لصاحب الأرض حق القرار بأن زرع في ملكه، أما إذا لم يكن له حق القرار بأن كان متعديًا في الزراعة كالغاصب جاز بيع نصف الزرع؛ لأنه إذا لم يكن لصاحب الزرع حق القرار كان القلع مستحقًا عليه،

(١) وفي النسخ: ثم [illegible] فتراضيا

ومستحق القلع كالمقلوع، ولو كان مقلوعاً حقيقةً جاز بيع نصفه، كذا ههنا.

١١٩٦١ - وعلى هذا إذا باع نصف البناء بدون الأرض إن كان محقاً في البناء لا يجوز، وإن كان متعدياً يجوز، وذكر هذه الجملة شيخ الإسلام في شرح كتاب الشفعة في باب العروض.

١١٩٦٢ - وإذا اشترى القصيل، فهذا على وجهين: الأول: أن يشتريه قبل أن يصير منتفعاً به، وفي جوازه اختلاف على نحو ما بينا في الثمار.

الثاني: أن يشتريه بعد ما صار منتفعاً به يصلح لعلف الدواب، فإن شراه بشرط القطع أو إطلاق الكلام، فالبيع جائز، وإن اشتراه بشرط الترك، فالعقد فاسد.

ثم إذا جاز بأن اشتراه بشرط القطع، أو مطلقاً، فاستأجر المشتري الأرض مدة معلومة جاز، وفي الثمار لو استأجر الأشجار مدة معلومة مثل هذه الصورة لا يجوز.

وفرق آخر بينهما أن ههنا لو استأجر الأرض إلى وقت الإدراك يلزمه أجر المثل، ولا يطيب له الفضل يطيب.

١١٩٦٣ - ولو استأجر الأشجار إلى وقت إدراك الثمر في مثل هذه الصورة يطيب له الفضل، ولا يلزمه شيء من الأجر.

والفرق أن الإجارة في مسألة النخيل أضيف إلى غير محلها، وهي الأشجار لأن الحادث من الأشجار زيادة في الثمر، والزيادة في الثمر عين، والعين ليس بمحل الإجارة، التصرف المضاف إلى غير محله لا جواز له، ولا انعقاد، فبقي مجرد الإذن بالترك من غير عقد، ولا فساد فيه، فيطيب الفضل ولا يجب الأجر.

وأما في مسألة القصيل الإجارة أضيف إلى محلها، وهو الأرض، والحاصل من الأرض منفعة التربية، فأما الزيادة في الحب يحصل من القصب؛ لأن القصيل للحب كالشجر للثمر، ولئا وجدنا ههنا أصلا نصف[1] بحصول زيادة العين إليه كان الحاصل إليه من الأرض مجرد منفعة التربية، فتنعقد الإجارة عليها بوصف الصحة عند بيان المدة، وبوصف الفساد عند ترك بيان المدة، فما حصل من الزيادة بسببه حاصل بسبب خبيث، وهو العقد الفاسد، فيجب التصدق مع أجر المثل.

١١٩٦٤ - وإذا باع حزمة من الكراث بعد ما علا يجوز، وإن باع كذا كذا جزة لا يجوز؛

---

(١) وهذا اللفظ غير واضح.

لأن البيع إنما ينعقد على ما هو موجود، وقد علا، وهي الجزة الأولى.

أما الجزة الثانية والثالثة معدومة لم ينبت بعد، فلا يجوز البيع، وكذلك هذا في سائر البقول إذا باع منه جزة بعد ما علا يجوز البيع، وكذلك كذا وكذا جزة لا يجوز، وكذلك في القصيل إذا باع بعد ما علا ليفصل في الحال يجوز البيع، وكذلك هذا في الأشجار إذا باعها وهي نابتة ليقطع، أو ليقطع في الحال، فهو جائز.

١١٩٦٥ - وأما قوائم الخلاف وقصب الحيل، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في جواز بيعها، ونص الكرخي في كتابه على الجواز، ورواه عن أصحابنا رحمهم الله تعالى ومن قال: بعدم الجواز قال: لأن موضع القطع مجهول، فهو بمنزلة ما لو اشترى شجرة على أن يقطعها لا يجوز، لأن موضع القطع مجهول، حتى لو بيّن موضع القطع في القوائم يجوز البيع بلا خلاف، بمنزلة ما لو اشترى شجرة على أن يقطعها من وجه الأرض[١].

١١٩٦٦ - ولو باع حشيشاً في أرضه، إن كان صاحب الأرض هو الذي أنبت، بأن سقاها لأجل الحشيش، فنبت بتكلفه جاز؛ لأنه ملكه ألا ترى أنه ليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه، وإن نبت بنفسه لا يجوز؛ لأنه ليس بمملوك له بل هو مباح الأصل، ألا ترى أن لكل واحد أن يأخذه، فلهذا لم يجز بيعه، وهكذا ذكر في «النوازل».

وفي «القدوري»: ولا يجوز بيع الكلأ في أرضه، وكذا لا يجوز بيع الكمأة في الأرض، وقبل قلعه. ولو ساق الماء إلى أرضه بتكلفه مؤنة، حتى خرج الكلأ، لم يجز بيعه، قال: لأن الشركة في الكلأ ثابتة بالنص، وإنما ينقطع الشركة بالحيازة، وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة للكلأ، فبقي الكلأ على الشركة، فلا يجوز بيعه، وما ذكر القدوري رحمه الله تعالى يخالف ما ذكر في «النوازل».

نوع آخر
في بيع المرهون والمستأجر والمغصوب والآبق
وأرض القطيعة والإجارة والإكارة

اختلف عبارات الكتب في المرهون، وقع في بعض الكتب أن بيع المرهون فاسد، ووقع في بعضها أن البيع موقوف، من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: في المسألة روايتان،

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من النسخ م.

وعامتهم على أن الصحيح أن البيع موقوف إن قضى الراهن المال، أو أبرأه المرتهن منه، وزد الراهن عليه، ورضى به، تم البيع، وإن لم يجز المرتهن بيعه، وطلب المشتري من القاضي التسليم، فالقاضي يفسخ العقد بينهما، وهذا لأن البيع صدر من المالك، وللمرتهن حق في المحل، وكما يجب مراعاة حق المالك، يجب مراعاة حق صاحب الحق، وإنما يصير الحقان مراعى إذا قلنا بالتوقف.

ومعنى قوله في بعض الكتب: إن بيع المرهون[1] فاسد أنه لا حكم له، فكان فاسدًا في حق الحكم، وهذا لأن البائع مالك للعين، وتأثير حق الغير [فقط][2] في دفع الحكم، لا في فساد العقد في نفسه، كبيع مال الغير، وبيع المستأجر نظير بيع المرهون موقوف عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى، وهو الصحيح، وللمشتري الخيار إذا لم يعلم وقت الشراء أن المشتري مرهون، أو هو مستأجر لتأخر التسليم[3] لحق المرتهن، والمستأجر، وإن كان عالمًا به وقت الشراء، فكذلك عند محمد رحمه الله تعالى يثبت له الخيار؛ لأن كون المشتري مرهونًا أو مستأجرًا عند محمد بمنزلة الاستحقاق.

١١٩٦٧ - ومن اشترى من رجل مال غيره، والمشتري يعلم أن المشتري مال الغير، كان للمشتري حق النقض، والرجوع على البائع بالثمن، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس له حق نقض الشراء؛ لأن كون المشتري مستأجرًا أو مرهونًا عنده بمنزلة العيب.

ومن اشترى شيئًا معيبًا، وعلم بكونه معيبًا وقت الشراء، فلا خيار له في فسخ العقد، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى الخلاف على هذا الوجه في شرح حيل الخصاف، وأحاله إلى "النوادر"[4].

وذكر الصدر الشهيد في "واقعاته": أنه إذا كان يعلم بكونه مرهونًا، أو مستأجرًا، فله الخيار في ظاهر الرواية، وذكر القاضي الإسبيجابي في شرحه: أنه إذا كان عالمًا [بكونه مرهونًا أو مستأجرًا] فلا خيار له في ظاهر الرواية.

١١٩٦٨ - وكذلك إذا اشترى أرضًا، ولها أكار، فهو على هذين الوجهين، يعني في

---

(١) وفي "ظ": أن بيع المرتهن.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتت هذه اللفظة من "م".

(٣) وفي "م": أو هو مستأجر، وإنما يتأخر التسليم... إلخ.

(٤) وفي "ف": النوازل.

حق ثبوت الخيار للمشتري إذا علم وقت الشراء أن لها أكثراً، ولم يعلم، ذكره الصدر الشهيد، وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف؛ لأن حقه في المنفعة، والبيع صادف الرقبة، فأما المرتهن هل له حق فسخ هذا البيع؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه. منهم من قال: ليس له ذلك؛ لأنه حقه في البدل[1]، لا في الرقبة، والبيع يصادف الرقبة، ومنهم من قال: له حق الفسخ؛ لأن البيع يبطل ملك الرقبة، وهو وسيلة إلى استيفاء الدين منه عند الهلاك، وليس للراهن والآجر حق فسخ هذا البيع؛ لأن هذا البيع ينعقد صحيحاً في حقهما، نص عليه الخصاف في أدب القاضي في باب ما لا يجب فيه اليمين، وإنما توقف في حق المستأجر والمرتهن.

١١٩٦٩ – وفي رهن "المنتقى": إذا باع الراهن المرهون بغير إذن المرتهن، ثم باعه من المرتهن، جاز البيع من المرتهن، وهو نقض للبيع الأول[2].

١١٩٧٠ – وفي الباب الأول من رهن "الجامع": إذا باع الراهن المرهون من رجل بغير إذن المرتهن، ثم باعه من رجل آخر بغير إذن المرتهن أيضاً، ثم أجاز أحد العقدين، نفذ البيع الذي لحقته الإجازة، والثمن للمرتهن، يستوفي منه حقه، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إن أجاز البيع الأول نفذ البيع الأول، وإن أجاز البيع الثاني نفذ البيع الأول، ولو كان مكان البيع الثاني رهناً، أو إجارة، وأجاز المرتهن الرهن، أو الإجارة، ينفذ البيع، ويبطل الرهن، والإجارة.

١١٩٧١ – والآجر إذا باع المستأجر من رجل بغير إذن المستأجر، ثم باعه من المستأجر، جاز البيع من المستأجر، وهو نقض للبيع الأول.

١١٩٧٢ – وأما بيع المغصوب، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": أنه موقوف، إن أقر به الغاصب، تم البيع، ولزمه، وإن جحد وكان للمغصوب منه بينة عادلة، فكذلك الجواب، وإن لم يكن له بينة، ولم يسلمه حتى هلك، انتقض البيع.

---

(١) هكذا في الأصل و ظ ، وكان في م ، ف : لأن حقه في البدل لا في الرقبة.

(٢) وفي م بعد هذا: وفي "شرح الجامع" في ظاهر الرواية ليس للمرتهن حق الفسخ وروى ابن سماعة عن محمد أن له حق الفسخ، وذكر وجه ظاهر الرواية أن حق المرتهن في اليد والحبس، لا في المالية، والبيع يصادف العين من حيث المالية، فلم يكن البيع واقعاً على حق المرتهن ليدفعه بحكم الحق لو دفعه دفعه لأجل تضرر، والضرر يندفع بسبب الفكاك، وصار فصل الرهن وفصل الإجارة سواء، وفي الباب الأول من رهن "الجامع"

بعض مشايخنا قالوا: قول محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: فإن لم يكن للمغصوب منه بينة، ولم يسلمه حتى هلك ينتقض البيع بظاهره، غير صحيح، وينبغي أن لا ينتقض البيع [لأن المبيع وإن فات، فقد أخلف بدلاً، والمبيع إذا فات وأخلف بدلاً لا ينتقض البيع][1]، بل يتخير المشتري، كما لو قتل المبيع خطأ، فينبغي أن لا ينتقض البيع هنا، إلا أن يختار المشتري النقض، وكان تأويل قول محمد رحمه الله تعالى انتقض البيع إذا اختار المشتري النقض.

وبعضهم قالوا: قول محمد بظاهره صحيح، وينتقض البيع من غير اختيار المشتري النقض؛ لأن الغاصب متى ضمن القيمة يملك المغصوب من وقت الغصب، وبيع المولى كان بعد ذلك، فيظهر أنه كان بائعًا مال الغير، وهو الغاصب، بخلاف ما لو قتل بعد البيع، أو غصب؛ لأن القيمة هناك وجبت بعد البيع، فمتى بقي البيع لا يؤدي إلى أن يصير بائعًا مال الغير.

وفي نوادر بشر: قال: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عمن اشترى المغصوب من المغصوب منه، وهو في يد الغاصب، والغاصب جاحد له، قال: يجوز، ويقوم المشتري في دعواه ذلك مقام البائع، قال: وهذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

وذكر ابن سماعة في "نوادره" أنه قال: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجوز بيعه من غير الغاصب، وقلت: إنما هو جائز.

١١٩٧٣ - وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، في رجل غصب من آخر طعامًا، وتصدق به، وكان قائمًا في يد المساكين حتى اشتراه الغاصب من المغصوب منه، جاز شراؤه، ويرجع في صدقته، ولا يجوز عن كفارة يمينه، وإن استهلك المساكين الطعام بعد الشراء، ضمنوا، ولو لم يشتروا ضمن قيمته، جازت صدقته، وأجزت عنه، ولم يرجع فيها.

ولو كان الطعام مستهلكًا حال ما اشتراه الغاصب من المغصوب منه في أيدي المساكين، فالشراء باطل، إلا أن يقول: اشتريت منك ما لك علي من الطعام، فحينئذ يجوز الشراء، وجازت الصدقة للمساكين.

١١٩٧٤ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": رجل غصب من آخر عبدًا، فالغاصب أمر رجلاً حتى يشتريه له من مولاه، فاشتراه، صح الشراء، وصار الآمر قابضًا له بنفس الشراء؛ لأنه في يده مضمون ضمان نفسه، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض المشتري، وكان الآمر جاء بالقبض أكثر ما في الباب أن حق القبض للوكيل، لا للموكل، ولكن هذا لا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وب.

يمنع صحة قبض الموكل إذا وجد، ألا يرى أن الموكل بالبيع ليس له حق قبض الثمن من المشتري، مع هذا لو قبض صح، كذا ههنا.

وكذلك لو أمر رجل أجنبي الغاصب أن يشتريه له، ففعل صح، وصار الآمر قابضاً بنفس الشراء؛ لأنه وجد في حق المأمور -وهو الغاصب- قبض ينوب هو عن قبض المشتري، فصار هو قابضاً، وقبض المأمور بمنزلة قبض الآمر، فصار الآمر قابضاً من هذا الوجه.

١١٩٧٥- قال في «الجامع» أيضاً: رجل غصب من آخر جارية، وغصب آخر من رب الجارية عبداً، وتبايعا العبد بالجارية، وتقابضا، ثم بلغ المالك ذلك، فأجاز، كان باطلاً [لأن الإجازة إنما تعمل في العقد الموقوف، لا في العقد الباطل، وهذا العقد وقع باطلاً] (١)؛ لأن البيع تمليك بتمليك، وذلك لا يكون في بيع مال الرجل بماله.

توضيحه أن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، ولو أذن المالك لهما في الابتداء بذلك، لا ينفذ، فإذا فعلاه بغير إذنه، لا يتوقف أيضاً. ولو كان مالكهما رجلين، فبلغهما، وأجازاه، كان جائزاً، وصارت الجارية لغاصب الغلام، والغلام لغاصب الجارية، وهذا لأن كل واحد منهما صار مشترياً ما في يد صاحبه بما في يده، بائعاً ما في يده بما في يد صاحبه، ولا يوقف في الشراء، فقد عرف أن شراء الفضولي لا يتوقف على إجازة [المشتري] (٢)، بل ينفذ على المشتري، وإنما التوقف في البيع، فصار شراء كل واحد منهما واقعاً لنفسه، كأن كل واحد من المالكين قال لغاصبه: اشتر مملوك فلان لنفسك بمملوكي، وإنما احتيج إلى الإجازة لنفاذ البيع، فانعقد تصرف كل واحد منهما على أن ينفذ الملك للمشتري، ولكن عند إجازة المالك، وعلى صاحب الغلام (٣) قيمة الغلام لمولاه، وعلى صاحب الجارية (٤) قيمة الجارية لمولاه؛ لأن كل واحد منهما صار [مستقرضاً] ما غصب، حتى يكون البدل على من يثبت له الملك في البدل.

١١٩٧٦- واستقراض الحيوان وإن كان لا يجوز، إلا أنه إنما لا يجوز إذا حصل ابتداء، والاستقراض ههنا حصل في ضمن الشراء، وأنه تصرف مشروع، فيصير مشروعاً بشرعيته،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والبناء من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت من م.

(٣) وفي م: على غاصب الغلام.

(٤) وفي م: وعلى غاصب الجارية.

والمستقرض فيما لا مثل له مضمون بالقيمة ، فوجب على كل واحد من الغاصبين قيمة ما غصب من هذا الوجه .

١١٩٧٧ - وفيه أيضاً : لو أن رجلاً غصب من رجل مائة دينار ، وغصب آخر من رب الدينار ألف درهم ، ثم تبايعا الدراهم بالدنانير ، يعني الغاصبين ، وتقابضا وتفرقا ، ثم بيع المالك ذلك ، فأجازه جاز .

فرق بين هذه وبين المسألة المتقدمة ، والفرق أن ههنا العقد ما ورد على الدراهم والدنانير بأعيانهما ، وإنما وقع على مثلهما ديناً في الذمة ، فلم يقع على مالين لمالك واحد ، فصح البيع بلا توقف ، ألا ترى أن مالك الدراهم والدنانير لو لم يجز ، وأخذ دراهمه ودنانيره ، ولم يتفرقا[1] حتى نقد كل واحد منهما من مال نفسه يجوز ، ولا يفسد البيع ، فعلم أن العقد وقع على مثلها ديناً في الذمة ، إلا أن كل واحد منهما صار قابضاً ما وجب في ذمته بما غصب ، فإذا أجازه المالك ، جاز [العقد ، وصار المالك مقرضاً من كل واحد منهما ما غصب ونقد][2] .

أما في المسألة المتقدمة القبض وقع على العوضين بأعيانهما ؛ لأن العرض يتعين في عقد المعاوضة ، فإذا كان الشخص واحداً ، لم ينعقد العقد على ما بيّنا ، والعرض في هذا نظير الدراهم والدنانير ؛ لأنهما لا يتعينان بالتعيين .

١١٩٧٨ - وفيه أيضاً : رجل غصب من رجل جارية ، وغصب رجل من صاحب الجارية مائة دينار ، فباع غاصب الجارية من غاصب الدنانير تلك الدنانير ، فبلغ المالك ، فأجازه صح ؛ لأن الجارية إن تعينت في العقد ، فالدنانير لم تتعين ، فلم يقع العقد على مالين لواحد ، بل وقع على جارية مغصوبة بدنانير في الذمة ، فإذا أجاز ، صحت الإجازة في حق البيع ؛ لأن بيع الجارية قد توقف على إجازته ؛ لأنه يملك الإذن ببيع جاريته بالدنانير ، فيملك الإجازة [أيضاً ، فإذا أجاز نفذ ، وأما نقد الدنانير فإن كان قبل الإجارة عملت الإجازة فيه][3] إذا علم المغصوب منه أنه نقد من ماله ، ويصير هو مقرضاً الدنانير من مشتري الجارية ، وهذا لأن الشراء لا تعلق بالدنانير في الذمة ، صار مشتري الجارية بقضاء الدنانير المغصوبة قاضياً ما عليه بمال غيره ،

(١) وفي م : ولم يتعرض لما قلنا .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبت هذه العبارة من م .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبت هذه العبارة من م .

فيتوقف على إجازته، فإذا أجاز جاز العقد أيضاً، وتضمن[1] ذلك قرضاً للدنانير على ما مر، فصارت الدنانير [ملكاً][2] لمشتري الجارية بالقرض بمقتضى القضاء، وصار المشتري قاضياً دنانير نفسه، وقد نفذ بيع الجارية على مالكها بالإجازة، وتثبت الوكالة بالإجازة، فصار بائع الجارية [قابضاً الدنانير لمالك الجارية بحكم الوكالة، وإن بقيت الدنانير في يد بائع الجارية][3]، فهي للمغصوب منه، وإن هلكت في يده، فلا ضمان؛ لأنها هلكت في يد الوكيل، وهلاك الثمن في يد الوكيل لا يوجب عليه ضماناً، وإن كان النقد بعد الإجازة، وهلكت الدنانير في يد بائع الجارية، فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء ضمن بائع الجارية، وإن شاء ضمن مشتري الجارية، وهذا لأن الإجازة إذا حصلت قبل النقد، فليس ذلك بإذن في النقد؛ لأن النقد لم يكن موجوداً، ولا يدرى هل ينقد المغصوب أو لا ينقد، فلم تعمل الإجازة في حق النقد، فصار مشتري الجارية ناقداً دنانير المغصوب منه بغير إذنه، وصار هو غاصباً بالنقد، وصار بائع الجارية غاصباً لها بالقبض، فإذا هلكت، كان للمالك الخيار في تضمينه، فإذا ضمن المشتري الجارية، ظهر أنه ملك الدنانير من وقت القبض السابق، وإنه نقد ملك نفسه، فصح النقد، وصار بائع الجارية قابضاً دنانير مشتري الجارية بإذنه، وكان أميناً فيها، وإن ضمن بائع الجارية، رجع البائع على المشتري؛ لأن قبض البائع لم يسلم ثمناً له لما استحق عليه عوضه، فاستوجب الرجوع به على المشتري، كما لو كانت الدنانير قائمة بأعيانها، فاستحقت من يده.

١١٩٧٦ - وإذا ادعى رجل أرضاً في يدي رجل، فأقام البينة على ما ادعى، وقضى القاضي بالأرض له، فباعها من رجل، ثم ظهر أنه قد كان باع هذه الأرض قبل أن يدعيها عند القاضي من رجل آخر، فالجائز هو البيع الأول؛ لأنه تبين أنه باع المغصوب وله بينة، فجاز الأول، ومن ضرورة جواز الأول بطلان الثاني، فأما بيع الآبق فقد ذكر محمد في الأصل أنه لا يجوز، فقد صح أن النبي عليه السلام «نهى عن بيع الآبق»؛ ولأنه معجوز التسليم، والقدرة على التسليم شرط جواز البيع.

---

(1) في م: «فيصير ذلك قرضاً» مكان: «وتضمن ذلك قرضاً».

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من م.

(3) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبته من م و ب ف.

فقد باع ملكه، وهو قادر على التسليم؛ فيصح، كما لو باع عبدًا له قد أرسله في حاجته.

وإن اجتمعن في الحظيرة، لا باختياره واصطياده، لا يجوز بيعهن، أمكن أخذهن من غير احتيال واصطياد أو لم يمكن؛ لأنه لم يحرزهن فلم يملكهن، فقد باع ما ليس بمملوك له.

فرع على هذا الفصل، وهو ما إذا اجتمعن في الحظيرة، لا باحتياله واصطياده، فقال: لو سد موضع دخول الماء، فصارت بحال لا يستطعن الخروج منها، لا يجوز البيع عند بعض المشايخ؛ لأنه لم يملكها، لأن هذا القدر ليس بإحراز، فهو بمنزلة طير طار في بيت إنسان، فسد الباب والكوة، وهناك لا يصير محرزًا له بهذا القدر ما لم يأخذه، كذا ههنا، ولا ملك بدون الإحراز، فإذا باع ما لم يملك فلا يجوز، وعند بعض المشايخ يجوز البيع إذا أمكن أخذهن من غير اصطياد؛ لأنه بهذا الفعل صار آخذًا لهن حكمًا، فصرن ملكًا له بمنزلة ما لو وقع في شبكة، فيجوز بيعه، وهذا الخلاف إذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد، فأما إذا هيأها، ملكهن بلا خلاف، فيجوز بيعهن.

١١٩٨٢- وفي كل موضع جاز بيع السمك في الماء إذا قبضه المشتري ورآه، فله الخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره، وإذا أخذ سمكة، وجعلها في جب ماء، فالجواب فيه على التفصيل الذي قلنا في الحظيرة، إن كان يقدر على أخذه من غير اصطياد، جاز بيعه.

وإن كان في الحظيرة سمك وقصب، فباع السمك والقصب جملة، فإن كان لا يمكن أخذ السمك إلا بصيد، فالبيع فاسد في الكل، اصطاد السمك قبل ذلك أو لا، أما في السمك فلأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، وأما في القصب، فلجهالة الثمن؛ لأن قيمة السمك مجهولة لا يدرى إذا كان لا يؤخذ بغير صيد، وجهالة قيمة السمك يوجب جهالة حصة القصب، فيفسد البيع في القصب لجهالة الثمن، وإن كان يمكن أخذ السمك من غير صيد، إن لم يكن اصطاد السمك قبل ذلك، فالبيع فاسد في السمك، وهل يفسد في القصب؟ قالوا: على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يفسد؛ لأن قبول العقد في السمك يصير شرطًا لقبوله في القصب إذا كانت الصفقة واحدة، وقبول العقد في السمك شرط فاسد، فيفسد العقد في القصب، وعلى قياس قولهما لا يفسد؛ لأن قيمة السمك معلومة إذا كان يؤخذ بغير صيد، فتكون حصة القصب معلومة. والصحيح أن على قولهما: يفسد العقد في القصب؛ لأن حصة القصب تصير معلومة بالحزر والظن، إذ الصفقة متحدة، وما يعرف بالحزر يكون مجهولًا، فهو نظير ما لو اشترى عبدين بألف درهم، فإذا أحدهما حر.

وإن كان اصطاد السمك قبل ذلك، يجوز البيع في الكل عندهم جميعًا، ذكر شيخ

الإسلام هذه الجملة في شرح كتاب الشفعة قبل باب تسليم الشفعة.

وإذا أراد الرجل أن يبيع برج حمام مع الحمام، إن باع ليلاً جاز؛ لأن في الليل يكون الحمام [بجملته] داخل البرج، ويمكن أخذه من غير احتيال، فيكون بائعاً ما يقدر على تسليمه، وفي النهار يكون بعضه خارج البرج، لا يمكن أخذه إلا باحتيال، فيكون بائعاً ما لا يقدر على تسليمه.

١١٩٨٣- [وفي «المنتقى»]: إذا باع طيراً في الهواء أو سمكة وهي مما يرجع إليه، أو طيراً يطير في السماء، ويرجع إليه، فالبيع جائز، ويسلمه إذا رجع إليه، وإن توحش بعد الإلف، ولا يؤخذ إلا بصيد، فبيعه لم يجز(١).

قال محمد في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: فلا يجوز بيع النحل، وقال: إنما النحل بمنزلة الزنبور، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد: يجوز بيعه إذا كان مجموعاً، وجه قول محمد: إن هذا حيوان ينتفع به، ويشترى، فيصح بيعه، وإن لم يؤكل كالحمار والبغل، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى وأبي يوسف أن النحل لا ينتفع بعينه، وإنما ينتفع بما يحدث منه، فقبل الحدوث لا يكون منتفعاً، والعين إنما تصير مالاً لكونه منتفعاً به، ولأنه من جملة الهوام، فلا يجوز بيعه، كالزنبور.

وذكر القدوري في شرحه: إذا كان في كوارتها عسل، فاشترى الكوارة بما فيها من النحل، جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ويدخل النحل في البيع تبعاً للعسل. وأنكر أبو الحسن الكرخي جواز بيع النحل مع العسل، وقال: إنما يدخل الشيء في العقد تبعاً لغيره إذا كان من حقوقه، كالشرب مع الأرض، وهذا ليس من حقوقه.

١١٩٨٤- وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية: مرغك، يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس، فإن الناس يحتاجون إليه، ويتمولون به.

١١٩٨٥- وفي «القدوري»: ويجوز بيع دود القز إن ظهر القز فيه، وإن لم يظهر لا يجوز، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد: يجوز البيع وإن لم يظهر فيه القز، كما قال في النحل. قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: والفتوى على قول محمد، وأما بيع بزر دود القز، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز؛ لأنه غير منتفع باعتبار ذاته، بل باعتبار غيره، وذلك الغير معدوم، وعندهما يجوز اعتباراً للعادة؛ ولأنه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من ...

يتولد منه ما هو منتفع به، فصار كبذر البطيخ، فيجوز بيعه، والصدر الشهيد في "واقعاته" اختار قولهما.

١١٩٨٦- ولا يجوز بيع هوام الأرض كالحية، والعقرب، والوزغ، وما أشبه ذلك؛ لأن الانتفاع بهذه الأشياء حرام، ومحلية البيع يعتمد جواز الانتفاع بها، ولا يجوز بيع ما يكون في البحر، كالضفدع والسرطان وغيره، إلا السمك، وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه، والحاصل أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع، وسيأتي بيان ذلك بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١١٩٨٧- وأما بيع الكلب وأشباهه، فقد ذكر في "القدوري": بيع كل ذي ناب من السباع، وذي مخلب من الطير جائز، معلمًا كان أو غير معلم في رواية "الأصل"، ولا شك في جواز بيع كلب المعلم؛ لأنه آلة الحراسة والاصطياد، فيكون محلا للبيع، ألا ترى أنه يجوز بيع البازي المعلم، والصقر المعلم، وإنما جاز لأنه آلة الاصطياد، وهذا لأنه إذا كان آلة الحراسة والاصطياد كان منتفعًا حقيقةً وشرعًا، فيكون مالا؛ لأن المال غير الآدمي، خلق لمنافع الآدمي، والمال محل للبيع، وأما بيع الكلب غير المعلم، فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه إذا كان بحال يقبل التعليم، يجوز بيعه، قال رحمه الله: هو الصحيح من المذهب، وهذا لأنه إذا كان يقبل التعليم كان منتفعًا به، فيكون مالا محلا للبيع، الدليل عليه أنه ذكر في "النوادر"[١]: أنه لو باع الجرو، جاز بيعه؛ لأنه يقبل التعليم، فهذا يبين لك أن غير المعلم إذا كان يقبل التعليم فهو والمعلم سواء في حق محلية البيع، وإنما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم، قال محمد: وهكذا نقول: في الأسد إذا كان بحيث يقبل التعليم، ويصطاد به أنه يجوز بيعه، وإن كان لا يقبل التعليم ولا يصطاد به، لا يجوز البيع.

١١٩٨٨- قال: والفهد والبازي يقبلان التعليم على كل حال، فيجوز بيعهما على كل حال، وأما القرد، فقد اختلفت الروايات فيه عن أبي حنيفة رحمه الله، روى الحسن عنه: أنه يجوز بيعه، وروى أبو يوسف رحمه الله عنه: أنه لا يجوز بيعه، وقال أبو يوسف: أكره بيعه، وروى ابن رستم عن محمد أنه يجوز بيعه، وبيع الفيل جائز؛ لأنه ينتفع حقيقةً وشرعًا، فهو كسائر الحيوانات، وأما الهرة فقد ذكر شيخ الإسلام في "شرح السير": أنه يجوز بيعها، سئل عطاء بن [أبي][٢] رباح عن ثمن الهرة، فقال: لا بأس به.

---

(١) هكذا في النسخ "آب" و"ظ" و"م"، وكان في الأصل: النوازل.

(٢) هكذا في "ظ".

نوع آخر في بيع المحرمات[1]

١١٩٨٩ - بيع المحرم الصيد لا يجوز، وكذلك بيع صيد الحرم، وإن كان المتبايعان حلالين، وهما في الحرم، والصيد في الحل جاز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمد: لا يجوز، ووجه قول محمد أن قرب العقد بالعاقد والمحل، ثم المحل إذا كان في الحرم لا يجوز بيعه، وكذا إذا كان العاقدان في الحرم، ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الحرم صيد الحرم، وهذا ليس صيد الحرم، ويبينه لو أمر إنساناً بإتلافه جاز، ولا شك أن الأمر بالإتلاف صار يرجع إلى التعرض للصيد دون العقد عليه، وإذا لم يجز ذلك لكونه من التعرض خارج الحرم، فكذا العقد.

١١٩٩٠ - ولو أحرم وفي يده صيد لغيره، فباعه مالكه، وهو حلال جاز، ويجبر على التسليم، وعليه الجزاء إن أتلفه، وهذا لأن المالك عقد البيع على ملك نفسه، وهو حلال، فيصح، والمحرم الذي هو في يده لا يمنع من الرد، أوديعة، فيجب الرد، إلا أنه صار مضموناً عليه بالإمساك وهو محرم، فلا يبرأ من الضمان بعد الإحرام إلا بالإرسال.

١١٩٩١ - ولو وكل محرم حلالاً ببيع صيد، فباعه، فالبيع جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد: البيع باطل، والخلاف في هذا نظير الخلاف في المسلم إذا وكل ذمياً ببيع خمر أو شرائه، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

ولو وكل الحلال محرماً ببيع الصيد أو شرائه، لا يجوز، وهذا يبين لك أن المعتبر طرف العاقد، ولو وكل رجل رجلاً ببيع صيد، فأحرم الآمر، وباع المأمور، فالبيع جائز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما البيع باطل، وهذا لأن الوكالة ليست بلازمة، فما للبقاء منها حكم الابتداء، ولو كان ابتداء التوكيل بعد الإحرام، وإنه على الخلاف، فهذا مثله.

١١٩٩٢ - ولو اشترى حلال من حلال صيداً، فلم يقبضه حتى أحرم أحدهما، انتقض البيع؛ لأن للقبض شبهاً بالعقد، فصار المقارن للقبض كالمقارن للعقد، ألا ترى أنه لما نزل آية الربا أبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لم يقبض من الربا، وأجاز ما قبض.

١١٩٩٣ - ولا يجوز بيع ذبيحة المجوسي والمرتد وغير الكتابي، وكذلك لا يجوز بيع ما تركت التسمية عليه عمداً، ويجوز بيع ذبائح أهل الكتاب، وهو بناء على ما قلنا أن جواز البيع يدور مع [حل] الانتفاع، ولا يحل الانتفاع بهذه الأشياء، فلا يجوز بيعها.

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل: فلم.

١١٩٩٤ - وفي «العيون»: لا بأس ببيع عظام الفيل وغيره من الميتة؛ لأن الموت لا يحل العظام، ولا دم فيه، فلا ينجس، فيجوز بيعه إلا عظم الآدمي والخنزير، فإن بيعهما لا يجوز، وهذا إذا لم يكن على عظم الفيل، وأشباهه دسومة، فأما إذا كان، فهو نجس، ولا يجوز بيعه.

١١٩٩٥ - وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا ذبح كلبه، وباع لحمه جاز، وكذا إذا ذبح حماره، وباع لحمه جاز، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ بناء على اختلافهم في طهارة هذا اللحم بعد الذبح، واختيار الصدر الشهيد على طهارته.

١١٩٩٦ - ولو ذبح الخنزير وباع لحمه لا يجوز؛ لأن لحم الكلب المذبوح والحمار المذبوح منتفع به؛ لأنه يجوز أن يطعمه سنوره؛ لأنه طاهر، ولا كذلك لحم الخنزير؛ لأنه ليس بمنتفع به؛ لأنه ليس له أن يطعمه سنوره؛ لأنه نجس، وفرق بين الكلب والحمار بينهما إذا كانا [مذبوحين، وبينما إذا كانا] ميتين فلم يجز بيع لحمهما إذا كانا ميتين؛ لأن لحم الميتة ليس منتفع به، إذ ليس له أن يطعم به سنوره، قال عليه السلام: «لا تنتفعوا من الميتة بشيء»[1]، وأما لحوم السباع فقد ذكر القدوري أنه لا يجوز بيعها من غير فصل، وروي عن أبي حنيفة أنه يجوز بيعها إذا ذبحت.

١١٩٩٧ - وفي الفتاوى: إذا كان السبع ميتًا لا يجوز بيع لحمه بلا خلاف، وإن كان مذبوحًا، ففيه اختلاف المشايخ، قال بعضهم: لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر، والفقيه أبو الليث؛ لأن على قولهما هذا اللحم نجس، وقال بعضهم: يجوز؛ لأن هذا اللحم طاهر، وهو اختيار الصدر الشهيد، وروى إسماعيل ابن حماد وابن أبي مالك عن أبي يوسف: أنه لا يجوز بيعه وإن كانت مذبوحة.

١١٩٩٨ - وأما جلود السباع والحمر والبغال، فما كانت مذبوحة أو مدبوغة جاز بيعها، وما كان بخلافه لم يجز، وهذا بناء على أن الجلود كلها تطهر بالذكاة، أو بالدباغ إلا جلد الإنسان والخنزير، وإذا طهرت بالدبغ أو بالذكاة جاز الانتفاع به، فيكون محلاً للبيع، أما بدون الدباغ والذكاة لا يطهر، فلا يجوز الانتفاع به، فلا يكون محلاً للبيع.

وحكي عن شمس الأئمة الحلواني: أن هذه الجلود إنما تطهر بالذكاة إذا كانت الذكاة مع

---

(١) أخرجه الترمذي في «سننه» (١٧٢٩): باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، والنسائي في «سننه» (٤٢٤٩) و(٤٢٥١): باب ما يدبغ به جلود الميتة، وابن ماجه في «سننه» (٣٦١٣): باب من قال: لا ينتفع من الميتة بإهاب، والبيهقي في «الكبرى» (٤٢)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٤٢٧٦)، وفي «معاني الآثار» للطحاوي (٢٦٩٧-٢٦٩٩): باب دباغ الميتة هل يطهرها أم لا، والطبراني في «الأوسط» (١٠٤)، وأحمد في «مسنده» (٢/١٨٨ و٦٨٨٤).

على رقبته حرة حين وكان على المكاتب أن يسعى في كتابته، ولم تنفسخ الكتابة تقتضي جعل الرقبة مهراً، إذ لو انفسخت الكتابة لتعلق النكاح برقبتها، ويفسد النكاح؛ لأنها ملكت رقبة زوجها، ولذا لم يفسد النكاح حتى رجعت عليه السعاية [من قيمته] علم أن الكتابة لن تنفسخ، وقد رضي المولى والمكاتب بانفساخ الكتابة؛ لأنهما رضيا بصيرورة رقبته مهراً للمولى بالأمر بالتزويج على رقبته، والمكاتب بالإقدام على [التزويج] على رقبته، ولما صيّر رقبته مهراً لا يفسخ الكتابة، ومع هذا لم تنفسخ الكتابة، ولم يصر رقبته مهراً، فقياس هذه المسألة أن لا يجوز بيع المكاتب برضاه، ولا تنفسخ الكتابة فيها تقتضي جعل رقبته مهراً، هذا حكم ما نقل عن الكرخي.

ومن مشايخنا من فرق بين المسألتين؛ فقال: الكتابة لو انفسخت في هاتين الصورتين إنما تنفسخ تصحيحاً للنكاح، وتصحيحاً للبيع في مسألتنا، وليس في فسخ الكتابة تصحيح النكاح ثمة، فإن الكتابة إذا انفسخت تصير رقبته مهراً، وتملك المرأة رقبة زوجها فيفسد النكاح، فلم يكن في فسخ الكتابة [ثمة] فائدة، أما في مسألتنا لو انفسخت يصح البيع، فكانت في فسخ الكتابة فائدة.

وأما معتق البعض؛ فلأنه بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما بمنزلة حر عليه دين.

١٢٠٠٦ - وأما أم الولد فلقوله عليه الصلاة والسلام في حقها: «لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع المال»[2]، وأما المدبر فهو نوعان: مقيد، ومطلق، فإن كان مقيداً، فجواز بيعه مجمع عليه، وإن كان مطلقاً، فعدم جواز بيعه مذهبنا، والمسألة معروفة، وأولاد الأمة من ذلك بمنزلة الأصول؛ لأن الأصل الثابت في الأصل يتعدى إلى الفروع، ولهذا كان ولد الحرة حراً، وولد الأمة رقيقاً، وكذلك الولد المشترى في حالة الكتابة، والوالدان، وأما من سواهم من ذوي الأرحام فلا يدخلون في الكتابة، ويجوز بيعهم في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز بناء على أن الكل يدخلون في الكتابة عندهما، فيمتنع بيعهم كما يمتنع بيع الأولاد، والوالدين، والمسألة معروفة في كتاب المكاتب.

(١) وفي م: في مسألة البيع.

(٢) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٢٤٨٣)، والحاكم في مستدركه (٢٩٩٠، ٢٩٩١)، والنسائي في سننه (٢٥٩٦)، وأحمد في مسنده (٢٠٨٥، ١٠٧٨)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٤٠٠٦).

نوع آخر في بيع الجنس بالجنس:

١٢٠٠٧ - قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: ويجوز بيع التمر بالرطب متساويًا كيلًا، ولا يجوز متفاضلًا، وعندهما: لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متساويًا كيلًا ومتفاضلًا. فالأصل أن [كل] مكيل أو موزون قوبل بجنسه إن كانت المجانسة بينهما ثابتة من كل وجه، يكتفى بالمماثلة الحالية لجواز البيع [وإذا كانت بينهما قائمة من وجه دون وجه لا يكتفى بالمماثلة الحالية لجواز البيع][1] عرف ذلك بالحديث المعروف، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الحنطة بالحنطة مثل بمثل كيل بكيل والذهب بالذهب مثل بمثل وزن بوزن»[2] فيثبت الجواز بالمماثلة الحالية إذا كانت المجانسة قائمة للحال من كل وجه بعد هذا التمر جنس الرطب من وجه دون وجه، فإن بعض معنى الرطب فات بالجفاف، والبعض باقٍ، فلا يكتفى بالمماثلة الحالية لجواز البيع، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى.

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عنه، قال: المجانسة [بين الرطب] وبين التمر قائمة من كل وجه؛ لأنها كانت ثابتة من كل وجه قبل الجفاف؛ لاتحاد الجنس واتحاد المنفعة، وبعد الجفاف الاسم متحد؛ لأن الرطب يسمى تمرًا، وبالجفاف لا يزول جنس منفعة بأصلها، فإنه يجيء من التمر جميع ما يجيء من الرطب، إلا أنه تمكن فيه نوع نقصان، والمجانسة إذا كانت ثابتة من كل وجه، فإنما يزول من وجه إذا فات ضرب منفعة بأصلها، كما في الحنطة مع الدقيق، فإن بالطحن يزول جنس منفعة أصلًا، وهي منفعة الزراعة، واتخاذ الهريسة، وكما في المقلية مع غير المقلية، فإن بالقلي يفوت جنس منفعة بأصلها، وهي منفعة الزراعة، وههنا لم يفت جنس منفعة بأصلها، وكانت المجانسة ثابتة من كل وجه، فيكتفى بها لجواز البيع.

وأما بيع الرطب بالرطب يجوز إذا تساويا كيلًا عند علمائنا رحمهم الله تعالى، وكذلك بيع باقلاء الرطب بباقلاء الرطب.

وأما بيع البسر بالتمر فلا ذكر في الكتب، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرح بيوعه: أنه يجوز بالإجماع إذا تساويا كيلًا يدًا بيد.

١٢٠٠٨ - وأما بيع العنب بالزبيب: فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) أخرجه الترمذي في ترجمة الشافعي، باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل، ومالك في الموطأ (١٣٢٣)، باب بيع الطعام بالطعام، وابن أبي شيبة في مصنفه [٢٠٦٦٣]، والطحاوي في معاني الآثار (٤/٤)، وأحمد في مسنده (١٧٦٦)، والبيهقي في الكبرى (١٠٤٣٥).

يجوز إذا تساويا كيلاً، هكذا ذكر في نوادر هشام.

وذكر في موضع آخر أن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إنما يجوز هذا البيع على سبيل الاعتبار، وتفسيره أن يكون الزبيب أكثر، حتى يكون الزبيب بالزبيب من العنب، والباقي بإزاء الماء القائمة للحال، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يجوز.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه: أن بيع العنب بالزبيب نظير بيع التمر بالرطب على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يجوز إذا تساويا كيلاً، وعلى قولهما: لا يجوز، فعلى ما ذكره شمس الأئمة السرخسي لا يحتاج إلى الفرق، لأبي يوسف رحمه الله تعالى بين بيع العنب بالزبيب وبين بيع الرطب بالتمر [فرقاً][1]، وعلى ما ذكره هشام يحتاج إلى الفرق، والفرق أن الرطوبة التي في الرطب من أجزاء التمر، ولهذا يطلق عليه اسم التمر، ولو كانت الرطوبة شيئاً آخر، وأجزاء التمر شيئاً آخر، لكان لا يطلق على الرطب اسم التمر، كما لا يطلق على العنب اسم الزبيب، فإذا اعتبرت الرطوبة من أجزاء [التمر][2] كان شيئاً واحداً، إلا أن المجانسة بينهما قائمة من وجه دون وجه، والمماثلة في الحال في مثل هذا لا يكفي لجواز البيع، فأما الرطوبة التي في العنب ليست من أجزاء الزبيب، ولهذا لا ينطلق على العنب اسم الزبيب، بل هما شيئان: ماء وبقل، فكان كالسمسم مع الدهن.

١٦٠٠٩ - وإن باع الحنطة المبلولة بالحنطة اليابسة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يجوز إذا تساويا كيلاً، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يجوز، هكذا ذكر في الأصل، وقال شمس الأئمة الحلواني في شرحه: إن الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله تعالى أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما [لا] يجوز إذا ابتلت الحنطة] وانتفخت، أما إذا لم ينتفخ بعد، ويكون من ساعته يجوز بيعه باليابسة إذا تساويا كيلاً، قال محمد رحمه الله تعالى: وهذا نظير زبيب يابس بزبيب قد بل بالماء، عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: يجوز هذا البيع، انتفخ أو لم ينتفخ، وعند محمد رحمه الله تعالى: إذا انتفخ لا يجوز، وإذا لم ينتفخ يجوز.

وأما بيع الحنطة الرطبة بالحنطة اليابسة، ذكر بعض المشايخ رحمهم الله تعالى أنه على الخلاف المذكور في بيع الحنطة المبلولة بالحنطة اليابسة، على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يجوز إذا تساويا كيلاً، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: لا يجوز،

(١) هكذا في م.

(٢) هكذا في ظ و م، وكان في الأصل: [illegible] التمر.

أيضًا: إذا باع رطلًا من سمن الغنم [كيلًا برطل من سمن الغنم] وزنًا بالميزان، فالبيع باطل حتى يعلما قبل البيع، بهما سواء، لا يختلفان لا كيلًا، ولا وزنًا، والعسل والسمن والزيت على الوزن بالميزان إذا اتفق جاز، وإن كان [يختلف في كيل الرطل] وفي هذا الباب أيضًا: وكل ما يوزن وما يكال، فلا بأس ببيعه بجنسه كيلًا ووزنًا.

١٢٠٦٣ - وفي "الأصل": ولا خير في بيع الحنطة بالحنطة مجازفة، قالوا: وهذا إذا كانت الحنطة بحيث يكال، فأما إذا كانت قليلة يجوز بيع البعض بالبعض مجازفة، وكذلك الجواب في كل مكيل أو موزون، وإن بيعت الحنطة بالحنطة مجازفة، ثم كيلا بعد ذلك، وكانا متساويين، لا يجوز، والأصل أن في كل موضع اعتبرت المماثلة بين البدلين في المعيار الشرعي شرطًا لجواز العقد، يشترط العلم بالمماثلة في المعيار وقت مباشرة العقد، ويجوز بيع الفضة بالفضة الكفة بالكفة، وإن لم يعلم مقدار كل واحد منهما؛ لأنا تيقنا بالتساوي في المعيار؛ لأن معيار الفضة الوزن، وقد تيقنا بالتساوي في الوزن، وإن لم يعلم مقدار ذلك.

١٢٠٦٤ - وفي "الأصل": إذا باع قفيز حنطة بنصف قفيز هو أجود لا يجوز، وبهذه المسألة تبين أن أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف قفيز، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في باب الصرف في شرح الإجارات: أن أدنى ما يجري فيه الربا من الأشياء المكيلة نحو الحنطة وأشباهها نصف صاع، وذلك مدان حتى لو باع مدين من الحنطة بثلاثة أمناء من الحنطة فصاعدًا لا يجوز، وكذلك إذا باع منوين من الشعير بثلاثة أمناء من الشعير فصاعدًا لا يجوز، ولو باع منوين من الحنطة بمنوين من الحنطة، أو منوين من الشعير بمنوين من الشعير[1] يجوز، وكذا لو باع نصف من من الحنطة بمنوين من الحنطة فصاعدًا يجوز.

وقد صح عن عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه أنه قال في خطبته بالشام: "أيها الناس! إنكم أحدثتم بيوعًا لا يدرى ما هي؟ ألا وأن الحنطة بالحنطة مدين بمدين، وأن الشعير بالشعير مدين بمدين، وذكر في التمر والملح مثل ذلك، ثم قال: فمن زاد واستزاد فقد أربى"، وبهذا تبين أن ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": أن أدنى مال الربا من الحنطة نصف قفيز، أن المراد منه نصف صاع، أو يكون في المسألة روايتان.

١٢٠٦٥ - وإذا باع حنطة بحنطة، وفي كل واحد من الجانبين حبات شعير، أنه لا يجوز إلا متماثلًا؛ لأن الشعير مغلوب، فكان مستهلكًا في "الجامع" في باب الدراهم المخلوطة.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في "شرح الزيادات" في باب الوصية

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من النسختين: ط، و م.

بعد باب المهر قبل باب الحيض، فإذا بيع الشعير بالحنطة وفي الشعير حبات الحنطة، إن كان مثل ما يكون في الشعير يجوز.

١٢٠١٦ - وإذا باع الدقيق بالدقيق وزنًا لا يجوز، كما لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنًا، وبيع السويق بالسويق وبيع النخالة بالسويق نظير بيع الدقيق بالدقيق.

١٢٠١٧ - وإذا باع دقيقًا منخولاً بدقيق غير منخول جاز إذا تساويا؛ لأنهما جنس واحد، إلا أن أحدهما أجود.

١٢٠١٨ - وبيع الحنطة بالسويق نظير بيع الحنطة بالدقيق، وبيع الدقيق بالخبز وبيع الحنطة بالخبز يجوز أن يكون متساويًا ومتفاضلاً بعد أن يكون يدًا بيد، وهذا لأن المجانسة بين الخبز والحنطة وإن كانت قائمة من وجه؛ لأن الخبز أجزاء دقيق قد طبخت، فالاتفاق في القدر[1] ثابت من كل وجه؛ لأن أحدهما كيلي، والآخر عددي، وفي مثل هذا لا يجري الربا، فالأصل أن الربا لا يحرم إلا بوصفين، وهو القدر والجنس، ونعني بالقدر: الكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، فإذا اتفق البدلان جنسًا وكيلاً ووزنًا يحرم الفضل، وما لا فلا، وبيع أحدهما بالآخر نسيئة من مسائل السلم، نذكر في فصل السلم -إن شاء الله تعالى-.

١٢٠١٩ - وبيع الدقيق بالنخالة لا يجوز إلا على طريق الاعتبار عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، و[تفسير] الاعتبار أن يكون عين النخالة الخالصة أكثر من النخالة التي [هي] في الدقيق، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يجوز إذا تساويا كيلاً، وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه تساويا كيلاً أو تفاضلاً، وعندهما يجوز تساويا أو تفاضلاً بعد أن يكون يدًا بيد.

١٢٠٢٠ - وإذا باع الزيت بالزيتون، فهو على أربعة أوجه: إما إن كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في الزيتون، وفي هذا الوجه البيع جائز، ويجعل الدهن الذي في الزيتون بمثله من الدهن الخالص، والباقي من الدهن الخالص بمقابلة الثفل، وإن كان الدهن الخالص مثل الدهن الذي في الزيتون، لا يجوز البيع؛ لأن الدهن يصير بمثله، ويبقى الثفل خاليًا عن العوض، فيكون ربًا، هذا إذا كان الثفل في الآخر[2] شيئًا له قيمة، وإن لم يكن له قيمة جاز البيع في هذا الوجه، إذ لا يؤدي إلى الربا، وإن كان الدهن الخالص يجعل أقل

(١) في النسخة م: في العدد.

(٢) هكذا في النسخة م، وكذا في الأصل: الآخر.

والتقريب مأمور.

١٢٠٢٢ - وفي «المنتقى»: لا خير بالقطن المحلوج بالقطن الذي فيه حب إلا مثلاً بمثل، وكذلك التمر [بالتمر] المنقوف، وإذا كان المشتري تمراً بنوى تمر، لا يجوز إلا إذا كان في التمر من النوى أقل، وكذلك إذا اشترى [قطناً بحب قطن، وكذا إذا اشترى](١) دقيقاً غير منخول بمنخولة.

١٢٠٢٣ - وإذا باع السمن بالزبد، فعن أبي حنيفة رضي الله تعالى أنه أفسده على كل حال؛ لأن الزبد إذا جعل على النار ينتقص فلم يتقابل السمنان في الوزن، إذا كان السمن الصافي أكثر، قال: لأنه لا قيمة له، وتقدم جنس هذا فيما تقدم.

ذكر المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه كان يكره الثمرة بالثمرتين، وكان يقول: كل شيء حرم منه الكثير فالقليل منه حرام.

وروى الحسن عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في «المجرد»: في مائة جوزة بمائتي جوزة متقابضة بأعيانها يجوز.

١٢٠٢٤ - وفي «الأصل»: لو باع تمرة بتمرتين، أو جوزة بجوزتين، أو تفاحة بتفاحتين، فالبيع جائز عندنا من غير ذكر خلاف.

فإن قيل: الجوز والبيض جعلا أمثالاً في ضمان المستهلكات، فينبغي أن لا يجوز بيع الواحد بالاثنين؟

قلنا: لا معنى بينهما حقيقة لتفاوت، صغراً أو كبراً، إلا أن الناس اصطلحوا على إهدار التفاوت، فيعمل اصطلاحهم في حقهم، وهو ضمان المتلفات، دون الربا الذي هو حق الشرع عليهم.

١٢٠٢٥ - وإذا باع شاة بلحم، فإن كانت الشاة مذبوحة مسلوخة، جاز إذا تساويا وزناً؛ لأن كل واحد منهما موزون، فقد باع موزوناً بجنسه متساوياً، فيجوز، ويراد بالمسلوخة المفصولة عن السقط، وإن كانت مذبوحة غير مسلوخة لا يجوز إلا على سبيل الاعتبار، بأن يكون اللحم المفصول أكثر، ويراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط، وإنما شرط أن يكون اللحم المفصول أكثر ليصير بعضه بوزنه والباقي بإزاء السقط، وإن كانت حية، فالقياس أن لا يجوز إلا على سبيل الاعتبار، وهو قول محمد رحمه الله تعالى، و[على قول أبي حنيفة] وأبي يوسف يجوز من غير اعتبار؛ لأن الشاة مع اللحم المفصول جنسان مختلفان، غير أنا قلنا

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

بالنص ، فإن الله تعالى قال : ﴿فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ﴾[1] أي بعد نفخ الروح ، فقد سماه خلقاً آخر بعد نفخ الروح ، فعلمنا أن الحي جنس آخر غير الجماد[2] ، فجعلنا الشاة الحية مع اللحم جنسين مختلفين ، فيجوز بيع أحدهما بالآخر ، كما لو كانا جنسين حقيقة ، بأن باع لحم البقر بالشاة ، أو ما أشبهه .

١٢٠٢٦ - وإذا باع ثوباً منسوجاً من الذهب بالذهب الخالص ، لابد لجوازه من الاعتبار ، وهو أن يكون الذهب المنفصل أكثر ، وكان ينبغي أن يجوز البيع من غير اعتبار ؛ لأن الذهب الذي نسج في الثوب خرج من أن يكون وزنياً ، ولهذا لا يباع وزناً ، وربا الفضل يعتبر للمجانسة والمعيار .

والجواب وهو الأصل في جنس هذه المسائل أن الناس متى تركوا الوزن في شيء ثبت كونه موزوناً بالنص ، لا يخرج من أن يكون موزوناً ، إذ ليس إلى العباد تغيير المنصوص عليه ، ومتى تركوا الوزن فيما ثبت وزنه [باصطلاحهم ، ينظر إن تركوا الوزن فيه][3] للتعذر لا يخرج ذلك الشيء من أن يكون موزوناً ، ألا ترى أنه لو باع لب الجوز بالجوز ، لا يجوز إلا على طريق الاعتبار ، والجوز عددي ، واللب موزون [وينبغي][4] أن يجوز من غير اعتبار ، ولكن قدر اللب الذي في الجوز موزون ، وإن ترك الناس وزنه ؛ لأنهم إنما تركوا وزنه للتعذر بسبب اتصاله بالقشر ، فلم يخرجه من أن يكون موزوناً ، فقد باع الموزون بجنسه ، وشيء آخر ، فيشترط [الاعتبار] ومتى تركوا الوزن في شيء مع الإمكان ، فإنه يخرج من أن يكون موزوناً ، فإنه لو باع قمقمة من حديد ، أو صفر أو نحاس بقمقمتين من جنسها ، وتلك القمقمة لا تباع وزناً ، فإنه يجوز يداً بيد ؛ لأن الناس تركوا وزنها مع الإمكان ، وترك الوزن مع الإمكان فيما ثبت وزنه باصطلاحهم إعراض عن الاصطلاح عن الوزن ، ويصح الاصطلاح على الوزن ، والوزن في هذه الأشياء ثبت باصطلاحهم ، فكذلك ، فقمقمة من ذهب ، أو ذهب بقمقمتين من ذلك لا يجوز ، وإن تعارفوا بيعها عدداً ؛ لأن صفة الوزن في الذهب ، والفضة منصوص عليها ، فلا يتغير ذلك بالعرف ، و[لا يخرج] من أن يكون موزوناً بالعادة .

---

(١) سورة المؤمنون : الآية ١٤ .

(٢) هكذا في جميع النسخ التي عندنا ، ولكن الصحيح غير اللحم بدلاً من غير الجماد .

(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل ، أثبتناه من ف و م و ب .

(٤) هكذا في المخطوطتين ف ر م ، وكان في الأصل و [illegible] ينبغي .

إذا ثبت هذا فنقول: الذهب المموه لا يوزن، فكان التعذر، فترك الوزن فيه لا يخرجه من أن يكون مال الربا، فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل.

وفي المنتقى: أن في اعتبار الذهب [في المصحف][1] روايتان، ولا يعتبر العلم في الثوب، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه يعتبر.

١٢٠٣٧ - وإذا اشترى شاة حية على ظهرها صوف بصوف منفصل، لا يجوز إلا على طريق الاعتبار، أطلق محمد رحمه الله تعالى بأن يكون الصوف المنفصل أكثر من الصوف الذي على ظهر الشاة، وكذلك إذا باع شاة في ضرعها لبن بلبن منفصل، لم يجز إلا على طريق الاعتبار، أطلق محمد رحمه الله تعالى الجواب في المسألتين في الأصل.

قال الطحاوي: ما ذكر محمد رحمه الله تعالى من الجواب في المسألتين قوله، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يجوز هذا البيع من غير صفة الاعتبار، وجعل ما بين المسألتين فرع مسألة[2] بيع اللحم بالشاة؛ لأن الصوف ما دام على ظهر الشاة، واللبن في ضرعها، فهو من أوصافها، فصار نظير اللحم الذي في الشاة، من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: ما ذكر من الجواب في المسألتين قول الكل، وإطلاق محمد رحمه الله تعالى في الكتاب يدل عليه.

وفي نوادر هشام: قال: أخبرني محمد رحمه الله تعالى أن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال: لا خير في صوف الشاة على ظهرها بصوف إلا أن يكون الصوف المنفصل أكثر من الصوف الذي على ظهر الشاة، فأما في اللبن فهو جائز، وإن كان اللبن أقل مما في ضرعها؛ لأن اللبن مكتوم ليس بظاهر.

وذكر المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في اللبن: أنه يجوز أيضاً، وقال هشام: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن زورق عصير بزورق خل، قال: لا بأس به، وأما زورق عصير بزورق بختج لا يجوز؛ لأن العصير لا ينتقض إذا صار خلاً، وينتقض إذا صار بختجاً، وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في بيع العصير بالبختج على خلاف رواية هشام، وذكر أبو سليمان في كتاب الحج عن محمد رحمه الله تعالى: لا بأس بالخبز قرص بقرصين يداً بيد، وإن كان بعض ذلك أكبر من بعض، فإن ذلك قد خرج من الكيل، وليس في أصله الوزن، ذكر أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى: أن تمر النخيل كلها

(١) هكذا في النسختين «ظ» و «ف».

(٢) وفي «ظ»: فرع هذه المسألة... إلخ.

جنس واحد، قال عليه الصلاة والسلام: «التمر بالتمر»[1] وهذا عام، ولأن الأصل متحد، والمقصود كذلك، وأما بقية الثمار، فثمرة كل نوع من الشجرة جنس واحد. كالعنب كلها جنس واحد، وإن اختلفت أنواعها وألوانها، وكذلك الكمثرى كلها جنس واحد وإن اختلفت أنواعها، وكذلك التفاح كلها جنس واحد حتى لم يجز بيع نوع من العنب بنوع آخر من العنب متفاضلا، وعلى هذا التفاح والكمثرى.

١٢٠٢٨ - ويجوز بيع الكمثرى بالتفاح متفاضلا، وكذا بيع التفاح بالعنب متفاضلا. واللحوم معتبرة بأصولها، فالبقر والجواميس جنس واحد، لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، والإبل جنس واحد لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، وكذلك الغنم جنس واحد، ضأنها ومعزها، وزاد في "المنتقى": والضأن والمعز جنس واحد في اللبن واللحم.

ولو باع لحم الغنم بلحم البقر متفاضلا يجوز عندنا، اعتبارا بالأصول، وكذلك لو باع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلا يجوز، ويعتبر في اللبن الأصول أيضا كما في اللحم.

وفي "نوادر ابن سماعة": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في لبن المخيض مع لبن الحليب إذا كان لبن المخيض اثنان، والحليب واحد لا بأس به، وإن كان المخيض واحدا، والحليب اثنان، فلا خير[2] فيه من قبل أن الحليب فيه زيادة زبد، وقيل أيضا [فيما] إذا كان الحليب اثنان أن الحليب بحيث لو أخرج زبدة تنقص من زبده، فهو جائز، وإن كان لا ينتقص، فلا خير فيه.

وفي "نوادر بشر": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الزبيب جنس واحد، وإن اختلف ألوانه وأجناسه.

١٢٠٢٩ - وفيه أيضا: لحوم الطير وما لا يوزن من اللحمان، فلا بأس به واحد باثنين؛ لأنه لا يوزن فإن كان في جنس منه يوزن، فلا خير فيما يوزن منه إلا مثلا بمثل، قال: وكل مصمر لا يوزن فيه، فلا بأس بأن يباع هناك طائف بطائفتين، إنما أنظر إلى حال بلده في ذلك، والحديد والرصاص والصفر والشبه أجناس لاختلاف المقاصد في الاسم والصورة، والهروي مع الهروي جنسان مختلفان لاختلاف المقصود والصورة، وكذلك الثوب المتخذ من القطن مع الثوب المتخذ من الكتان جنسان: إما لاختلاف الأصل، أو لاختلاف الصنعة على وجه [أوجب] اختلاف الاسم والمقصود، وكذلك [الزندنيجي] مع الوذاري جنسان مختلفان ذكره

(١) مضى تخريجه.

(٢) هكذا في "ظ" و"ف"، وكان في الأصل: "معين".

محمد رحمه الله تعالى خلافه، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا خير في الجبن باللبن؛ لأن الجبن لم يخرج من حد الوزن، كما يخرج الخبز من الكيل، والفلوس من حد الوزن، ولا بأس بالسمن بالجبن.

١٢٠٤٣ - وفي "الأصل": إذا باع حنطة قد أدركت في سنبلها بحنطة منقاة [illegible] لا يجوز، قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرحه: إن كانت الحنطة المنقاة مثل الحنطة في سنبلها أكثر أو أقل، أو لا يدري، أما إذا كانت، يجوز.

نوع آخر في بيع الماء والجمد:

قال عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار»[1]، والمراد من الماء المذكور في الحديث الماء الذي في الآبار، وفي الأنهار؛ لأن هذا الماء وجد بإيجاد الله في مكانه، فبقي على الإباحة على أصل الخلقة حتى يوجد الإحراز، فإن أخذه، وجعله في جرة، أو ما أشبهها من الأوعية، فقد أحرزه، فصار أحق به، فيجوز بيعه، والتصرف فيه كالصيد الذي يأخذه، فأما بيع ما جمعه الإنسان في حوضه من الماء، ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى في شرح كتاب الشرب: أن الحوض إن كان مجصصاً، أو كان الحوض من نحاس أو صفر، جاز البيع على كل حال، وكأنه جعل صاحب الحوض محرزاً لما يجعله في حوضه، ولكن يشترط أن ينقطع الجري حتى لا يختلط المبيع بغير المبيع، وإن لم يكن الحوض من الصفر أو النحاس، ولم يكن مجصصاً، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه حسب اختلافهم في بيع الجمد [في المجمدة] في الصيف على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

[قال رحمه الله]: والمختار في هذه المسألة أنه إن سلم أولاً على معلوم البيع، ثم باع بعد التسليم جاز [وإن باع بعد التسليم جاز] وإن باع أولاً، ثم سلم لا يجوز؛ لأن الحوض ينصب شيئاً من الماء ويهلك بعض المبيع، فإذا كان البيع أولاً كان الهلاك فيه بالقبض يسقط حصته من الثمن والقيل الهلاك مما لا يعرف، فتكون حصة الباقي من الثمن مجهولة، وأنما توجب

---

(1) أخرجه البيهقي في "الكبرى" (١١٦٦٠): باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة، وابن أبي شيبة في "مصنفه" (٢٣١٩٤): باب في الكلأ وبيعه، وأحمد في "مسنده" (٢٣١٣٢)، والطبراني في "الكبير" (١١١٠٥)، وأبو داود في "سننه" (٣٤٧٧): باب في منع الماء، وابن ماجه في "سننه" (٢٤٧٢): باب المسلمون شركاء في ثلاث

كذا كذا قربة من ماء من الفرات، جاز استحساناً إذا كانت القربة بعينها لتعامل الناس، قيل: إنما يجوز إذا [بين] مكاناً ونوع الماء نحو: بأن كان النقل من الفرات ونحوه، وأشباه ذلك، ذكر الحسن بن زياد في «المجرد» عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في رجل اشترى من سقاء كذا كذا قربة بدراهم من ماء دجلة على أن يوفيها منزله كان جائزاً [إذا كانت قربة بعينها، وكذلك إذا قال: بعني كل راويتين من ماء دجلة بدرهم على أن يوفيها من منزلي، كان جائزاً](1).

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى: أن هذا البيع فاسد لوجهين. أحدهما: أن الماء ليس عنده، والثاني: أن القربة وعاء، إذا صنعت لا يعرف ما مقدارها.

١٢٠٣٦- وإذا قال لغيره: اسق دوابي كذا شهراً بدرهم، لم يجز، ولو قال: كل شهر بما قربة، فهو جائز إذا أراه القربة.

١٢٠٣٧- ولو قال لغيره: استقيت ملأ قربتك، فتتبع من نهر، وسقاه، فلا شيء له، وقال: اسق دوابك من نهري، أو من حوضي كذا، فذلك جائز.

نوع آخر في جهالة المبيع أو الثمن:

[جهالة المبيع، أو الثمن مانعة جواز البيع إذا كان يتعذر معها التسليم، وإن كان لا يتعذر، لا يفسد العقد، كجهالة] كيل الصبرة، بأن باع صبرة معينة، ولم يعرف قدر كيلها، كجهالة عدد الثياب المعينة، بأن باع أثواباً معينة، ولم يعرف عددها، وهذا لأن الجهالة ما كانت مانعة لعينها، بل للإفضاء إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم؛ لأنه يعدم بذلك ما هو فائدة العقد، فإذا لم تكن مانعة من التسليم والتسلم، فقد انعدم المعنى الذي لأجله صارت الجهالة مفسدة للعقد، فينعدم الفساد.

١٢٠٣٨- قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير»: رجل اشترى من رجل ثوباً كل ذراع بدرهم، ولم يسم جملة ذرعان الثوب، فاعلم بأن هنا أربع مسائل.

إحداها: في المعدودات المتفاوتة كالأغنام والثياب، وصورة المسألة [فيها] إذا أشار الرجل إلى قطيع من الغنم، أو إلى جراب هروي، وقال: بعتك كل شاة منها بعشرة، أو قال: بعتك كل ثوب منها بعشرة، فهذا على ثلاثة أوجه: الأول: أن يبين جملة عدد الأغنام، أو الثياب، ولم يبين جملة الثمن، بأن قال: بعت منك هذا القطيع وهي مائة شاة، كل شاة [منه] بعشرة، أو

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

قال: بعتك هذا الجراب وهي مائة ثوب، كل ثوب بعشرة، ولم يبين جملة الثمن، بأن لم يقل: بألف درهم، وفي هذا الوجه يجوز البيع بالإجماع؛ لأن المبيع صار معلومًا بالإشارة والتسمية. وجملة الثمن أيضًا معلوم حالة العقد؛ لأنهما لما بينا عدد الأغنام مائة، وبينا لكل غنم عشرة، فكأنهما قالا: بعتك هذه الأغنام وهي مائة بألف درهم، كل غنم بعشرة [دراهم]، فالمبيع معلوم والثمن معلوم، فيجوز.

الوجه الثاني: أن يبين جملة الثمن، ولم يبين عدد الأغنام، بأن قال: بعتك هذه الأغنام وهي مائة بألف درهم، كل غنم منها بعشرة، أو قال: بعتك هذا الجراب بألف درهم، كل ثوب منه بعشرة، وفي هذا الوجه يجوز البيع أيضًا؛ لأن جملة الثمن صارت معلومة بقوله: ألف درهم، وكذلك ثمن كل شاة صار معلومًا [بقوله] كل شاة بعشرة، والمبيع صار معلومًا بالإشارة، حيث قال: بعتك هذه الأغنام، فالإشارة إلى المبيع، أو إلى مكان المبيع كافية للإعلام، وإن كان لا يعلم ما هو، وما مقداره، كما لو قال: بعتك جميع ما في هذا البيت بعتك جميع ما في كمي، فإن في هذه الصورة يجوز البيع، ويصير المبيع معلومًا بالإشارة.

الوجه الثالث: إذا لم يبين جملة الثمن، ولا جملة الأغنام، أو الثياب، وإنما بين حصة كل غنم، أو كل ثوب، بأن قال: بعتك هذا القطيع كل شاة منها بعشرة، أو قال: بعتك هذا الجراب كل ثوب منها بعشرة، وفي هذا الوجه لا يجوز العقد أصلًا إلا أن يعلم عدد الأغنام في المجلس، فينقلب العقد جائزًا، وكان للمشتري الخيار إن شاء أخذ بما ظهر له من الثمن، وإن شاء ترك، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى العقد جائز في الكل، ولا خيار للمشتري إن كان قد رآه.

١٢٠٣٩ - المسألة الثانية في المكيلات والموزونات، صورتها: إذا أشار إلى صبرة، وقال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بعشرة، فهو على ثلاثة أوجه أيضًا: إن بين عدد القفزان، وبين ثمن كل قفيز، إلا أنه لم يبين جملة الثمن، أو بين جملة الثمن، وبين ثمن كل قفيز، إلا أنه لم يبين عدد جملة القفزان، بأن قال: بعتك هذه الصبرة، كل قفيز منها بدرهم، فالعقد جائز بالإجماع، وإن بين ثمن كل قفيز [منها بدرهم] ولم يبين [عدد] جملة القفزان، ولا جملة الثمن، بأن قال: بعت منك هذه الصبرة، كل قفيز منها بدرهم، فالعقد جائز عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في قفيز واحد، ولا يجوز فيما زاد عليه إلا أن يعلم عدد القفزان في المجلس، فحينئذ يجوز البيع في الكل، وكان للمشتري الخيار على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: البيع جائز في الكل

١٢٠٤٠ - المسألة الثالثة في العدديات المتقاربة، والجواب فيها كالجواب في المكيلات والموزونات؛ لأن العدديات المتقاربة ألحقت بالمكيلات والموزونات، صورتها: إذا قال الرجل لغيره: بعت منك [هذه] الجوزات، كل جوزة بفلس.

١٢٠٤١ - المسألة الرابعة في المرتبات، صورتها: إذا قال لغيره: بعت منك كل ذراع من هذه الدار بدرهم، أو قال: من هذا الثوب بدرهم، والجواب فيها كالجواب في الأغنام؛ لأن الذرعان من الدار الواحدة مما يتفاوت في نفسها من حيث القيمة، فإن الذراع من مقدم البيت والثوب يكون أكثر قيمة من الذراع من مؤخر البيت والثوب، فصار الجواب فيها كالجواب في الأغنام من هذا الوجه، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ومحمد: إنه لو لم يجز هذا البيع إنما لم يجز لأن جملة الثمن ليست بمعلومة للحال، إلا أن طريق تحصيل العلم قائم بالرجوع إلى عدد الأغنام من غير مشقة، فإنه إذا عد الأغنام يصير جملة الثمن معلومة، والجهالة إذا كانت مشتركة يمكن رفعها من غير مشقة لا يفسد العقد، كما لو باع بوزن هذا الحجر ذهبًا.

ولأبي حنيفة رضي الله تعالى أن كلمة كل إذا دخلت على ما لم يعلم نهايته، يتناول الواحد من تلك الجملة، كما في قوله: أجرت هذه الدار كل شهر، وكما في قوله لامرأة غيره: كفلت لك عن زوجك نفقة كل شهر، وإذا تناول واحدًا من [تلك] الجملة، صار بائعًا شاة واحدة من القطيع، وثوبًا واحدًا من الجراب، وذراعًا واحدًا من الثوب، أو الدار، وقفيزًا واحدًا من الصبرة، وجوزًا واحدًا من الجوزات الكثيرة، إلا أن بيع شاة واحدة من القطيع، وبيع ثوب واحد من الجراب، وبيع ذراع واحد من الثوب، أو من الدار لا يجوز، وبيع قفيز واحد من الصبرة يجوز، فكذا هنا.

وعبارة بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى لأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه [في المسألة] أنه لا وجه إلى تجويز البيع في كل العدديات المتفرقة، وما ألحق بها؛ لأن ثمن الكل مجهول في الحال، ولا وجه إلى تجويزه في واحدة منها، وإن كان ثمن الواحدة معلومًا؛ لأن الواحدة منها مجهولة في نفسها، لكونها متفاوتة، ألا ترى أنه لو باع واحدة من القطيع، أو واحدة من الجراب لم يعينها، لم يجز، فأما في المكيلات والعدديات المتقاربة إن تعذر تجويز البيع في الكل؛ لأن ثمن الكل مجهول، أمكن تجويز البيع في واحدة منها؛ لأن ثمنها معلوم بالتسمية، والواحد منها معلوم أيضًا؛ لأنه غير متفاوت في نفسه؛ لأنه من ذوات الأمثال، ألا ترى لو باع قفيزًا من صبرة في الابتداء، أو باع جوزًا من جوزات في الابتداء بثمن معلوم جاز ذلك، كان

القياس أن يجوز البيع في الثاني والثالث من القفزان أعلى قول أبي حنيفة رحمه الله؛ ولا يقتصر الجواب على الواحد؛ لأن ثمن الثاني والثالث معلوم، والثاني والثالث من [القفزان](١) مما لا تتفاوت في نفسها، لكن تركنا القياس فيما زاد على الواحد؛ لأنا لو عملنا بالقياس، وجوزنا البيع في الثاني والثالث لزمنا تجويزه في الكل، إذ ليس الثاني والثالث بأولى من الرابع والخامس؛ لأن الثاني والثالث تبع للأول كالرابع والخامس؛ لأنه لا يتصور وجودهما بدون الأول كالرابع والخامس. فيؤدي إلى تجويز البيع في الكل مع أن ثمن الكل مجهول.

١٢٠٤٢ - أما تجويز البيع في الواحد لا يؤدي إلى تجويز البيع في الثاني والثالث؛ لأن الأول لا يتصور بدون الثاني والثالث، فكان الواحد أصلا من حيث إنه يتصور بدون الثاني والثالث، فتجويز البيع في الواحد لا يؤدي إلى تجويز البيع في الكل، فلهذا افترقا.

وليس كما لو كان الثمن دراهم مشارا إليها؛ لأن المشار إليها معلوم من كل وجه بالإشارة كما في جانب المبيع، ألا ترى أنه يمكن للمشتري أخذ المشار إليه من غير رجوع إلى شيء [آخر] ولا يمكن للبائع أخذ جميع الثمن ههنا إلا بعد الرجوع إلى عدد الأغنام.

وكذا إذا أشار إلى [الحجر]؛ لأن الحجر معيار للدراهم لأنها توزن به، فصارت الإشارة إلى معياره كالإشارة إليه، وههنا لم يوجد الإشارة إلى جملة الثمن، ولا إلى معياره؛ لأن القطيع ليس بمعيار للثمن؛ لأنه لا يوزن به ولم يوجد تسمية جملة الثمن، فبقي جملة الثمن مجهولة، إلا أن هذه جهالة يتوهم زوالها بعد الأغنام، فقلنا بفساد العقد للحال، وبالجواز متى علم عدد الأغنام في المجلس، فأثبتنا الخيار للمشتري؛ لأن الثمن كان مجهولا [القدر عنده] وإنما صار معلوما بعد الأغنام، فيتخير كما لو كان المبيع مجهول الوصف [ثم زالت الجهالة] بالرؤية، ويسمى هذا الخيار بكشف الحال [حتى] لو رضي به المشتري، فليس للبائع أن يأبى، ثم شرط في الكتاب لجواز هذا العقد أن يعلم عدد الأغنام [على قول أبي حنيفة](٢) في المجلس؛ لأن ساعات المجلس [لها] حكم ساعة واحدة في حق العقد، فصار كأنهم إنشاء العقد في الحال، فكان طريق تجويز العقد طريق دفع الفساد، فأما ساعات ما بعد الافتراق عن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م وق.

(٢) هكذا في النسخة م.

المجلس مع ساعات المجلس [بين][1] لها حكم ساعة واحدة فيجعل كأنهما ابتداء العقد، فكان طريق تجويز العقد طريق رفع الفساد، ورفع الفساد إنما يجوز في موضع كان الفساد بسبب شرط في العقد، كأجل مجهول، أو خيار يزيد على الثلث، لا في موضع [كان] الفساد في صلب العقد، والفساد ههنا في صلب العقد؛ لأن الفساد بسبب جهالة الثمن، والثمن من صلب العقد.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: إنه عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إذا علم عدد الأغنام في المجلس، أو بعد الافتراق من المجلس ينقلب العقد جائزًا على كل حال، وهذا القائل يقول: ذكر المجلس في الكتاب وقع اتفاقًا.

وقال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: الأصح عندي أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وإن علم عدد الأغنام في المجلس، لا ينقلب العقد جائزًا، ولكن إن كان البائع دائمًا على رضاه، ورضي به المشتري، ينعقد بينهما عقدًا مبتدأ بالتراضي، وسيأتي مثل هذا فيما إذا باع شيئًا برقمه [إن شاء الله تعالى][2].

هذا الذي ذكرنا إذا قال: كل شاة بعشرة، أو قال: كل ذراع، أو قال: كل قفيز، فأما إذا قال: كل شاتين بعشرة، كل ذراعين بعشرة، كل قفيزين بعشرة، ففي الأغنام، وما أشبهها من العدديات المتفاوتة، لا يجوز البيع عندهم في الوجوه الثلاثة بأن بين عدد الأغنام جملة، ولم يبين جملة الثمن، أو بين جملة الثمن، ولم يبين جملة الأغنام، أو لم يبين جملة عدد الأغنام، ولا جملة الثمن، وإنما قال: كل شاتين بعشرة، وهذا لأن ثمن كل شاة ههنا غير معلوم بنفسه، بل يحتاج إلى ضم شاة أخرى إليها، ثم يقسم العشرة على قيمتيهما، ولا يعرف كيفية الضم أنه يضم الجيد إلى الجيد، أو الردىء إلى الجيد أو الوسط، فيبقى ثمن كل واحد مجهولا. وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، فإنه إذا وجد بشاة أخرى، أو ثوبًا عيبًا بعد القبض، يرد المعيب خاصة، ويتمكن المنازعة بينهما في ثمنه، وكذا إذا هلك أحدهما قبل القبض، أو تقابلا البيع في واحد، أو استحق واحد، فعرفنا أن هذه الجهالة تفضي إلى المنازعة؛ فيفسد البيع بينهما

١٢٠٤٣ - وفي الكيل والوزن، وما ألحق بها من العدديات المتقاربة [إن] بين جملة عدد القفزان، أو لم يبين جملة الثمن، أو بين جملة الثمن، ولم يبين عدد القفزان، فالبيع جائز

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في النسخة م.

عندهم جميعاً؛ لأن أكثر ما فيه أن كل قفيز مبيع لا يعرف ثمنه إلا بانضمام غيره إليه، إلا أن المبيع الذي يضم إليه مما لا يتفاوت في نفسه، بخلاف الشاة على ما بينا. ألا ترى أنه لو باع قفيزين من صبرة بعشرة، كان جائزاً، ولو باع شاتين من قطيع بعشرة لا يجوز، وإن لم يبين واحداً منهما، ولكن قال: بعتك هذه الصبرة، كل قفيزين منها بعشرة، يجب أن تكون المسألة على الاختلاف على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: يجوز البيع في قفيزين منها بعشرة، ولا يجوز فيما زاد على ذلك إلا أن يعلم عدد القفزان في المجلس، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز في الكل، كما لو قال: كل قفيز منها بدرهم، وعلى هذا إذا قال: كل ثلاثة بكذا.

١٢٠٤٤ - ولو أشار إلى صبرتين حنطة وشعير، وقال: أبيعك هاتين الصبرتين، كل قفيزين منهما بدرهم، صح العقد على قفيز واحد منهما في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز في الصبرتين.

١٢٠٤٥ - وفي «المنتقى»: رجل قال لآخر: بعتك هذه السفينة الآجر، كل ألف بعشرة دراهم، فالبيع فاسد؛ لأن البيع وقع على جميعه، ولا يدري إن أصاب بعضها عيب ما حصته؛ لأن الآجر متفاوت، ولو قال: أبيعك منه ألفاً بعشرة، فإن عدله الألف، تم البيع فيه، ولكل واحد منهما أن يمتنع من البيع ما لم يعدله.

١٢٠٤٦ - وفي «نوادر ابن سماعة»: قال: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل دنى إلى وقر بطيخ، وقال: بكم عشر بطيخات من هذه البطيخات بغير عينها، فقال: بكذا، فاشترى ثم عزل البائع عشر بطيخات، فقبلها المشتري، ومضى على ذلك القول، والبطيخ متفاوت، قال: هو جائز استحساناً بمنزلة رجل قال للقصاب: بعني هذا اللحم بكذا، فباعه منه، وقطع [له] منه واحدة على ذلك، فالبيع جائز.

قال: وكذلك الرمان، وهذا لأن البائع لما عزل، كان ذلك منه بمنزلة ابتداء العقد، فإذا قبل المشتري تم البيع الآن.

١٢٠٤٧ - قال ثمة: ولو أتى إلى مائة شاة، وقال لصاحبها: بكم عشرة منها، فقال: بكذا، فاشترى، فالبيع باطل، قالوا: وعلى قياس مسألة البطيخ والرمان يجب أن [يقال: إذا] عزل البائع عشرة منها، وقبلها المشتري، ومضى على ذلك، أنه يجوز، وعلى قياس مسألة الشاة يجب أن يقال: في البطيخ والرمان إذا [لم يعزل البائع، أو عزل] ولكن لم يقبل المشتري، أنه لا يجوز، فإذاً لا فرق بين هذه المسائل.

١٢٠٤٨ - وفي «المنتقى»: رجل معه دراهم، قال لغيره: اشتريت منك هذا الثوب مثلاً، وأشار إلى ما معه من الدراهم، فباعه، فوجد متفرقًا، فالبيع واحد.

رجل قال: بعت هذه ثلاثة الشاة بهذه المائة الشاة كل منها بشاة، فالبيع فاسد.

١٢٠٤٩ - رجل قال لآخر: بعت منك هذه البقرة وهي حية كل رطل بدرهم، فقبضها، فضاعت منه، ضمن قيمتها، أشار إلى فساد هذا البيع، وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال لآخر: بعت منك هذه الشاة، كل ثلاثة أرطال بدرهم بوزن حية، فالبيع باطل؛ لأنها تنقص وتزيد، وكذلك إذا قال: [وزنها خمسون رطلاً، فاشتري منه كل ثلاثة أرطال بدرهم، وكذلك إذا قال:][1] بعت منك هذه الرمانة بوزنها دراهم، فالبيع باطل؛ لأنها قد تنقص.

١٢٠٥٠ - وفي «القدوري»: إذا قال الرجل لغيره: بعت منك هذا اللحم، كل رطل بكذا، فالبيع فاسد في الكل عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: البيع جائز في الجميع ولا خيار له، والخلاف في هذا نظير الخلاف فيما إذا قال: بعت منك هذا القطيع، كل شاة منها بدرهم، وإنما لم يجز البيع في رطل واحد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، بخلاف مسألة الصبرة؛ لأن القفزان من الصبرة لا تختلف، فيمكن تجويز العقد في قفيز واحد؛ لأن ثمنه معلوم، أما مواضع اللحم من الشاة ما يختلف، فلا يمكن تجويز العقد في رطل واحد.

١٢٠٥١ - ولو باع شيئًا[2] برقمه بازده، ولم يعلم المشتري به، فالبيع فاسد، حتى يعلم المشتري، فيختار أو يدع، هذا رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى؛ وهذا لأن الثمن مجهول عند المشتري حالة يمكن زوالها بالإعلام، فقيل: بالفساد في الحال لمكان الجهالة، وقيل الجواز إذا زالت الجهالة عملاً بالأمرين.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن البيع جائز، وتأويله أنه موقوف يحكم بالجواز عند ارتفاع الجهالة بدليل ما فسّر أنه لو هلك ذلك الشيء، أو باعه، فالبيع فاسد، ويلزمه قيمته، وهذا دليل على أن العقد محكوم بفساده إلى أن تزول الجهالة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن مات البائع قبل أن يرضى المشتري، وقد قبض أو لم يقبض، انتقض العقد؛ لأن رضى المشتري ههنا بمنزلة الإجازة في العقد الموقوف، ثم في الإجازة يشترط قيام المتعاقدين والمعقود عليه، كذا ههنا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والتتارخانية، وم، وف.

(٢) هكذا في «ف»، وكان النسخ الباقية لفي هذا: شاة.

ولو قبضه المشتري، وأعتقه، أو باعه قبل العلم، أو مات المشتري، فالعتق والبيع جائز، وعليه القيمة، أما جواز العتق والبيع فلحصولهما في ملك المعتق والبائع، وأما وجوب القيمة فلتقرر الفساد بزوال العتق عن ملكه قبل العلم بالثمن، ولو أعتق بعد ما علم برقمه ثمانية، فعليه الثمن؛ لأن الجهالة زالت قبل تقرر الفساد إلا أن المشتري كان له الخيار، وقد سقط خياره بالإعتاق، فلزمه الثمن، ولو كان عتق عليه بحكم القرابة، ولم يكن علم بالثمن حتى قبضه، فعليه القيمة؛ لأنه لا فرق بين الإعتاق والعتق عليه فيما يرجع إلى فوات المحل، فتقرر الفساد.

١٢٠٥٢ - وفي الأصل: إذا قال لغيره: أخذت هذا منك بمثل ما يبيع الناس، فهو فاسد، ولو قال: بمثل ما أخذ به فلان من الثمن، فإن علما مقدار ذلك وقت البيع، فالبيع جائز، وإن لم يعلما فالعقد فاسد، فإن علما بعد ذلك إن علما وهما في المجلس، ينقلب العقد جائزاً، ويتخير المشتري؛ لأن ما يلزم المشتري من الثمن إنما يظهر للحال، وهذا خيار يكشف الحال، وقد مر نظير هذا فيما تقدم.

١٢٠٥٣ - وإذا اشترى شيئاً برقمه، ولم يعلم المشتري رقمه، فالعقد فاسد، فإن علم بعد ذلك إن علم في المجلس، جاز في العقد، وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يقول: وإن علم بالرقم في المجلس، لا ينقلب ذلك العقد جائزاً، ولكن إن كان البائع دائماً على ذلك الرضا، ورضي به المشتري، ينعقد بينهما عقد ابتداء بالتراضي.

١٢٠٥٤ - وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل له على رجل عشرة دراهم، فقال: من له العشرة لمن عليه العشرة بعني الثوب ببعض العشرة، وبعني هذا الآخر بما بقي من العشرة، فقال: بعتهما منك، فهذا جائز [لأن العرف أنه لما قال: بعني هذا الثوب الآخر بما بقي، فكأنه قال: بعني هذين الثوبين بعشرة، فيصير جملة الثمن معلوماً، والمبيع معلوم، وكذلك](1) إن قال: بعني هذا ببعض العشرة، وهذا الآخر ببعض العشرة، قال: لا يجوز، وقيل: ينبغي أن لا يجوز في الوجهين؛ لأن ثمن كل واحد منهما مجهول، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، لأنه إذا وجد بأحدهما عيباً بعد القبض يرد المعيب خاصة، ويتنازعان في ثمنه.

١٢٠٥٥ - وفي المنتقى: إذا باع عبداً برقمه، ثم باعه المشتري من آخر قبل أن يعلم الثمن الأول، فبيعه جائز من الثاني، ولو أخبره بالثمن، فلم يختر أخذه حتى باعه البائع من

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من النسخة (م).

فالبيع على الكر الذي عنده، وكذلك إذا قال: بعتك جارية، وعنده جارية، فإن كان عنده جاريتان، فالبيع فاسد.

١٢٠٦١ - وفي شرح كتاب العتاق: إذا قال لغيره: بعت منك عبداً لي بكذا، وله عبد واحد، فإن قال: عبداً لي في مكان كذا، جاز البيع، وإن لم يقل في مكان كذا، قال شمس الأئمة الحلواني: عامة المشايخ على أنه لا يجوز البيع، قال: وهو الصحيح، وإليه أشار محمد في [كتاب العتق].

١٢٠٦٢ - قال محمد في][1] الجامع الصغير: وإذا اشترى الرجل من آخر عشرة أذرع من مائة ذراع من هذا الحمام، أو من هذه الدار، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: البيع جائز إذا كانت الدار مائة ذراع، وإذا اشترى عشرة أسهم من مائة سهم من الدار، جاز البيع عندهم جميعاً، ذكر الخصاف في هذه المسألة [أن] فساد البيع عند أبي حنيفة، لجهالة جملة الذرعان، فأما إذا عرف مساحتها، يجوز عنده، وجعل هذه المسألة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة، إن كان عدد جملة الشاة معلوماً يجوز عنده، وإن لم يكن معلوماً، لا يجوز، وذكر أبو زيد الشروطي [في شرحه]: أن على قول [أبي حنيفة] البيع فاسد، وإن علم ذرعان الجملة، وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح بيوع الأصل، وهو جواب الجامع الصغير، وهذا أصح مما قاله الخصاف. فوجه قولهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار، وبيع عشر الدار جائز بالاتفاق، كما لو باع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار، فاللفظ مختلف، أما المعنى لا يختلف، ولأبي حنيفة أن المبيع مجهول؛ لأن الذراع حقيقة اسم لخشبة يذرع[2] بها الممسوحات، ولكن يستعار لما يحله مجازاً، وما يحله عين؛ لأن الخشبة تحل العين، أما لا تحل الشائع، فلم يصح أن يستعار هذا الاسم للشائع، وكذا الداخل تحت العقد موضعاً معيناً، فإذا لم يبين ذلك الموضع أنه من مقدم الدار، أو من مؤخره، وجوانب الدار [يتفاوت] في القيمة كان المعقود عليه مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة، بخلاف السهم؛ لأنه اسم لجزء شائع، ألا يرى أن ذراعاً من عشرة أذرع وذراعاً من مائة ذراع سواء، وسهم من عشرة أسهم لا يساوي سهماً من مائة سهم، فظهر الفرق.

١٢٠٦٣ - وذكر في بيوع الأصل: إذا قال: بعتك ذراعاً من عشرة أذرع من [هذه] الدار، وجعلها على الخلاف الذي ذكرنا، قال شيخ الإسلام: وأجمعوا على أنه لو باع سهماً

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه الزيادة من ب.

(٢) هكذا في النسخ الثلاث التي عندنا، وكان في الأصل: تمسح.

فأمكن العمل بحقيقة اسم الذراع، فلا يجعل [ ](1) كناية عن غيره، قلنا: والذراع حقيقة اسم للخشبة؛ وإنما يجعله مجازاً، وما يحمله عين، فإذا لم يبق موضعاً، يبقى المعقود عليه مجهولاً على نحو ما قلنا لأبي حنيفة، فلم يجز لهذا.

١٣٠٦٦- وفي «المنتقى»: إذا باع ذراعاً من خشبة أو ثوب من جانب معلوم، فالبيع فاسد، فإن قطعه، وسلمه إلى المشتري لم يكن للمشتري أن يمتنع من قبوله، وفيه أيضاً عن أبي يوسف: أن البيع جائز، والمشتري بالخيار إذا قطعه البائع، إن شاء أخذه وإن شاء تركه.

١٣٠٦٧- قال محمد في «الجامع الصغير»: رجل اشترى داراً على أنها ألف ذراع بألف درهم، فوجدها أكثر، فهي له كلها [يعني بألف درهم، وإن وجدها أنقص يخير المشتري، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك](2).

١٣٠٦٨- وإن قال: كل ذراع بكذا، فوجدها أكثر، فالمشتري بالخيار، إن شاء ردها، وإن شاء أخذها، وزاد في الثمن بحساب ذلك، وإن وجدها أنقص، فهو بالخيار، إن شاء أخذ وإن شاء ترك، أصل هذا أن الذراع فيما يذرع شبه الأوصاف، فإن الاسم لا يتغير بزيادة الذرع ونقصانه، بل يتغير وصفه، فيصير أعلى وأنقص، ولكنه غير ممتنع [أنه] ازداد القيمة بزيادته، ففي هذا الوجه نص، فيجب العمل بالشبهين في حالين، وإذا لم يقابل الثمن بالذرعان يراعى فيه شبه الأوصاف، فيستحق تبعاً لاستحقاق الأصل، وإن لم يتناوله العقد ذكراً كبناء الدار(3)، يستحق من غير ذكر، و[illegible] الجذوع يستحق من غير ذكر، وإذا اعتبر وصفاً، فإن زاد سلم للمشتري من غير خيار، وإن انتقص يخير المشتري، ولكن لا يحط شيء من الثمن، كما لو سقط أطراف المبيع، فإن هناك يخير المشتري، ولا يسقط شيء من الثمن، كذا هنا.

وإذا قابل الثمن بالذرعان، بأن قال: كل ذراع بكذا، يراعى فيها شبه الإضافة، ويصير كل ذراع بمنزلة مبيع على حدة، فإن ازداد يخير المشتري؛ لأنه نفع يشوبه ضرر؛ إلا أنه إذا ازداد [المبيع] يلزمه زيادة الثمن فيتخير [المشتري]، وإن انتقص يخير المشتري أيضاً؛ لأنه نفع يشوبه ضرر؛ لأنه تنتقص الثمن بنقص المبيع، وعلى هذا إذا اشترى من آخر ثوباً على أنه عشرة أذرع بكذا، ولم يبين حصة [كل] ذراع من الثمن، فوجده أزيد، بأن وجده أحد عشر ذراعاً، أو وجده

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ وم وب.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من م.

(3) وفي م: [illegible] الدار.

أنقص، بأن وجده تسعة أذرع، فالعقد جائز على كل حال، ثم إنه إذا لم يبين حصة كل واحد من الذرعان، ووجده زائدًا، سلمت له الزيادة مجانًا، ولو وجده ناقصًا لا يسقط شيء من الثمن، ولكن يتخير المشتري، وإن بين حصة كل ذراع، ووجده زائدًا، فله الخيار، إن شاء أخذه، لزمه حصة الزيادة، وإن شاء نقض العقد، والجواب في الخشب والأرض نظير الجواب في الثوب والدار [لأنه مذروع كالثوب والدار](١).

١٢٠٦٩ - وفي المأذون الكبير في باب بيع الكيل والوزن إذا قال: أبيعك هذه الدار على أنها أقل من ألف ذراع، فوجدها كما قال، أو أكثر، فالبيع جائز؛ لأن المذروع في هذه الحالة يشبه الأوصاف، فكأنه اشتراها على أنها ضيعة، ومن اشترى دارًا على أنها ضيعة، فوجدها كذلك، أو وجدها واسعة، كان البيع جائزًا، كذا ههنا.

١٢٠٧٠ - ومن هذا الجنس مسائل: مسألة في الذرعيات، وهي هذه(٢)، ومسألة في المكيلات، والوزنيات، وصورتها: رجل باع من آخر صبرة على أنها خمسون قفيزًا مثلًا، أو اشترى زيتًا على أنها خمسون منًا بكذا، فوجده أزيد بأن وجده إحدى وخمسين، أو أنقص، بأن وجده تسعة وأربعين، فالبيع جائز بين حصة كل قفيز [وحصة كل منّ، أو لم يبين؛ لأنه متى وجده إحدى وخمسين، والداخل تحت العقد خمسون، صار مشتريًا خمسين قفيزًا من إحدى وخمسين قفيزًا](٣)، وذلك جائز، سمى لكل قفيز ثمنًا، أو لم يسم؛ لأن الحنطة من ذوات الأمثال حتى يضمن مستهلك المثل من جنسها، والحادي والخمسون الذي لا يدخل تحت العقد لا يتفاوت في نفسها حتى يصير الباقي مجهولًا، ومتى وجده تسعة وأربعين، فكذلك البيع جائز؛ لأنه لو لم يجز إنما لم يجز لجهالة ثمن الباقي، وثمن الباقي معلوم، أما إذا بين لكل قفيز ثمنًا فظاهر، وأما إن لم يبين فلأن القفزان لا تتفاوت في أنفسها، فيقسم الثمن باعتبار عدد القفزان، فيصير حصة الذاهب معلومًا بيقين، وإذا صار حصة الذاهب معلومًا كان حصة الباقي معلومًا، ولهذه المسألة تفريعات لم يذكرها محمد في الجامع الصغير، ولا في بيوع الأصل.

فمن جملتها إذا قال لغيره: أبيعك هذه الحنطة بكذا على أنها أقل من كر، فاشتراها على

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: بدله مكان هذه.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

ذلك، فوجدها أقل من كر، فالبيع جائز إلا رواية عن أبي يوسف، رواها المعلى؛ لأن المبيع معلوم بالإشارة، ووجده على شرطه الذي سماه، والثمن معلوم بالتسمية، فيجوز، وإن وجدها كرًا[1]، أو أكثر من ذلك، فالبيع فاسد؛ لأن البيع يتناول بعض الموجود، وهو أقل من الكر كما سمى، وذلك مجهول؛ لأنه لا يدري أن المشترى أقل من الكر بقفيز أو قفيزين، وهذه الجهالة تفضي إلى المنازعة.

١٢٠٧١ - وكذلك إذا قال على أنها أكثر من كر، فوجدها أكثر من الكر بقليل، أو كثير، فالبيع جائز، إلا رواية عن أبي يوسف رواها المعلى؛ لأنه وجدها على شرطه، والبيع يتناولها جميعها، وإن وجدها أقل من كر، أو كرًا، فالبيع فاسد؛ لأنه لا بد من إسقاط حصة النقصان من الثمن، وذلك غير معلوم، وبسببه تقع المنازعة.

ولو قال: على أنها كرّ، أو أقل من كر، فوجدها كرًا، أو أقل من كر [فهو جائز، ولو وجدها أكثر من كر، فكذلك البيع جائز؛ لأنه يصير مشتريًا كرًا من صبرة، وذلك جائز][2]، ولزم المشتري كر بجميع الثمن، والزيادة على الكر للبائع؛ لأنه لم يدخل تحت البيع.

ولو قال: على أنها كر أو أكثر، فالبيع جائز، وجدها أكثر منه أو أقل، غير أنه إن وجدها كرًا أو أكثر فذلك سالم للمشتري بجميع الثمن، ولا خيار له، وإن وجدها أنقص، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن لو قسم [الثمن] على كر تام، وإن شاء ترك، والوجه في ذلك أن البائع أدخل كلمة "أو" بين مقدارين، وكان المراد أحدهما، فإذا وجده أنقص من كر لم يوجد واحد من المقدارين حتى يتعين مرادًا فلا بد لنا من إثبات أحد المقدارين، إما الكر أو الأكثر، فنقول إثبات الكر أولى من إثبات أكثر من الكر؛ لأن في إثبات الكر تجويز العقد، فإذا اشترى من آخر حنطة على أنها كر، فوجدها أقل من الكر يجوز، وفي إثبات الأكثر إفساد العقد، فإن من اشترى من آخر حنطة على أنها أكثر من الكر، فوجدها أقل من الكر يفسد العقد، والعقد متى احتمل الصحة والفساد يحمل على وجه الصحة، فأثبتنا المقدار الذي فيه تجويز العقد، وهو الكر، وصار كأنه اشتراها على أنها كر، فوجدها أقل، وهناك يقسم الثمن على الفائت والقائم، فكذا ههنا، هذه الجملة في المأذون الكبير في باب بيع الكيل والوزن، ولم يذكر ما إذا اشتراها على أنها كر. وينبغي أن يجوز البيع، سواء وجدها أكثر أو أقل من الكر، أو أكثر غير أنه إذا وجدها كرًا، لزم ما اشترى ذلك من غير خيار، وإذا

(١) وفي ط: وإن وجدها كرًا أو أكثر.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

وجدها أكثر من الكر، لزم المشتري [إن شاء أخذ الموجود بحصته] قدر الكر من غير خيار، ويرد الزيادة، وإن وجدها أنقص، يتخير المشتري، إن شاء أخذ الموجود بحصته، وإن شاء تركه.

١٣٠٧٢ – وعلى قياس هذه المسألة يخرج ما إذا اشترى عنبًا معينًا في كرم معين على أنه كذا منًا، فوجده كذلك، أو أقل، أو أكثر، ومسألة في العدديات المتقاربة، والجواب فيها كالجواب في المكيل والموزون؛ لأن العدديات المتقاربة ألحقت بالمكيل والموزون في ضمان الاستهلاك حتى يضمن مستهلكها المثل من جنسه، ومسألة في العدديات المتفاوتة[1] التي لا يضمن مستهلكها المثل من جنسها، كالأغنام والثياب.

١٣٠٧٣ – وصورتها: رجل اشترى عدل زطي على أنه خمسون [ثوبًا، أو اشترى قطيعًا من الغنم على أنه خمسون][2] بكذا، فوجدها أكثر بأن وجدها إحدى وخمسين، أو وجدها ناقصًا بأن وجدها تسعة وأربعين، فإن وجدها زائدًا، فالبيع فاسد، سمى لكل واحد ثمنًا على حدة، بأن قال: كل ثوب بكذا، أو لم يسم؛ لأن المبيع مجهول جهالة توقعهما في المنازعة؛ لأن المبيع خمسون ثوبًا، فما زاد على ذلك يجب رده على البائع، ولا يدري أي ثوب يرد على البائع، وإذا كان المردود مجهولاً، كان المبيع مجهولاً، وإن وجدها أنقص من ذلك إن لم يسم لكل ثوب ثمنًا فالبيع فاسد؛ لأن الثمن مجهول؛ لأن حصة الذاهب مجهول، وجهالة حصة الذاهب توجب جهالة حصة الباقي، وهذا لأنه إذا لم يسم لكل واحد ثمنًا، فالثمن ينقسم باعتبار القيم، ولا يدري قيمة الذاهب بيقين؛ لأنه لا يدري أنه كان جيدًا أو وسطًا، أو رديئًا، فكان حصة الذاهب مجهولة، والتقريب ما ذكرنا.

فأما إذا سمى لكل واحد ثمنًا، بأن قال: كل ثوب مثلاً بعشرة، كان البيع جائزًا في الثياب الموجودة، وهي تسعة وأربعون؛ لأن المبيع معلوم، والثمن كذلك. ثم مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما، أما على قول أبي حنيفة، فالعقد فاسد في الكل؛ لأن العقد فسد في البعض لفساد مقارن؛ وهو العدم، والأصل عند أبي حنيفة: أن العقد متى فسد في البعض لفساد مقارن للعقد، يفسد في الباقي. وكان أبو حسن قاضي الحرمين يروي عن أبي حنيفة أن العقد فاسد في الكل في هذا الفصل، وقد ذكر محمد في الجامع مسألة تدل على هذا.

وصورتها: رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان، كل ثوب بعشرة، فإذا أحدهما

(١) المتفاوتة في م، ظ، وفي الأصل والنسخة ف: المتقاربة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا.

هروي، والآخر مروي، ذكر أن البيع فاسد في الهروي والمروي جميعًا عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في الهروي، والمعنى ثبت في مسألة الجامع: والصفة لا أصل المعقود، فإذا كان فوات الصفة في أحد الثوبين يوجب فساد العقد في الكل على مذهب أبي حنيفة، ففوات أحدهما من الأصل لا يوجب فساد العقد في الكل عنده أولى، وبعض مشايخنا قالوا: لا، بل ما ذكر من الجواب قول الكل، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، فقال شمس الأئمة الحلواني: الصحيح عندي أنه على قول أبي حنيفة: يفسد العقد في الكل.

١٢٠٧٤ - قال محمد رحمه الله: وعلى هذا إذا اشترى حنطة على أنها كر، فوجدها تنقص قفيزًا، يفسد العقد في الباقي عند أبي حنيفة، وهو الصحيح، قال: وعلى هذا إذا اشترى مائة جوزة، كل جوزة بفلس، فوجد بعض الجوز خاويًا، فإن العقد لا يجوز في الخاوي، ويتعدى الفساد إلى الباقي عند أبي حنيفة، ثم إذا جاز البيع في الثياب الموجودة ذكر أن المشتري بالخيار، إن شاء أخذ كل ثوب بما سمى، وإن شاء ترك، وذلك لأن الصفقة تفرقت على المشتري قبل التمام، وإنه يوجب الخيار.

وذكر في النوادر: أن من اشترى من آخر ثوبًا على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم، فوجده عشرة ونصفًا، فعلى قول أبي حنيفة: إن وجده عشرة ونصفًا يأخذه بعشرة، ويسلم له نصف ذراع مجانًا من غير خيار، وإن وجده تسعة ونصفًا، يأخذه بتسعة دراهم إن شاء، وإن شاء رده.

وقال [أبو يوسف: إن وجده عشرة ونصفًا، أخذه بأحد عشر درهمًا إن شاء، وإن شاء رده، وإن وجده تسعة ونصفًا، أخذه بعشرة دراهم إن شاء، وإن شاء رده. وقال](١) محمد رحمه الله: إن وجده عشرة ونصفًا أخذه بعشرة ونصف إن شاء، وإن وجده تسعة ونصفًا، أخذه بتسعة ونصف، وما قاله محمد: ظاهر؛ لأنه من ضرورة مقابلة كل درهم بكل ذراع مقابلة نصف درهم بنصف ذراع، وأبو يوسف يقول: لما صح الشرط صار كل ذراع في حكم المقابلة كثوب على حدة بيع على أنه ذراع، فإذا وجده أنقص لا يسقط شيء من الثمن، ولكن يثبت الخيار، كذا ههنا، وما قاله أبو حنيفة أصح؛ لأن الذراع أو ما دونه في حكم الصفة على ما مر،

وإنما يعتبر أصلًا بقضية مقابلة الثمن [به مقابلة] والمقابلة مقيدة بالذراع، فإذا عدم الذراع لم يثبت جهة الأصالة، فبقيت العبرة لكونه صفة، فصارت زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة الجودة، فيسلم له من غير شيء، وصار نقصان نصف ذراع بمنزلة تسعة أذرع [جيده]، فيتخير.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من م، ومن بعضها من ظ.

ومن المتأخرين من قال: ما ذكر من جواب في الكتاب في فصل الثوب، في القمقمة والسرير والقصاع والآنية. أما إذا اشترى كرباساً لا يتفاوت [جوانبها] على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فإذا هو أحد عشر، لا يسلم له الزيادة؛ لأن هذا الكرباس في معنى الموزون والمكيل؛ وإن كان متصلاً بعضها ببعض، لكن ليس في الفصل ضرر، فيصير بمنزلة أشياء حقيقة، كالموزون، فما كان لا يتمكن فيه العيب بتمييز البعض عن البعض، اعتبر كل تمييز أصلاً، وكذا هاهنا، وعلى هذا إذا باع ذراعاً من الكرباس، ولم يعين موضعه، يجوز، كما في الحنطة إذا باع قفيزاً منها.

١٢٠٧٥ - قال محمد في «الجامع»: إذا اشترى الرجل من غيره زق زيت بمائة درهم على أن له الزق وما فيه من الزيت على أن وزن ذلك كله مائة رطل، فوزن ذلك، ثم وجد كله سبعين رطلاً، الزق من ذلك عشرون رطلاً، والزيت خمسون، فإن النقصان من الزيت خاصة، فينقسم الثمن على قيمة الظرف وعلى قيمة ثمانين رطلاً من زيت، فما أصاب الزيت يطرح ثمنه، ويجب الباقي، فكان للمشتري خيار فيما بقي، إن شاء أخذه بما قلنا، وإن شاء ترك، فقد جعل النقصان من الزيت خاصة، وعلل في الكتاب فقال: لأن الزيت مما يزيد وينقص، والزق مما لا يزيد ولا ينقص، ومعنى هذا الكلام أن الزيت مما يزيد وينقص، ولو صرفنا النقصان إلى الزيت احتمل كلامه الصدق بأن يجعل كأن الزيت وقت البيع كان ثمانين رطلاً، والزق عشرين، فجملته مائة، ثم انتقص من الزيت عشرة أرطال قبل القبض، أما لو صرفنا النقصان إلى الزق فإنه لا يحتمل الزيادة والنقصان، لا يمكن حمل كلامه على الصدق، إذ لا يمكن أن يجعل كأن الزق ثمانون رطلاً فصار عشرين، فصرفنا النقصان إلى الزيت تصحيحاً لكلامهما على الصحة.

وقال أكثر مشايخنا: ينبغي أن يفسد العقد في الكل عند أبي حنيفة، وقيل: لا يفسد عنده أيضاً، وقد مر ذلك من قبل.

وإن وجد المشتري الزق ستين رطلاً، والزيت أربعين رطلاً، فإن كان الزق لا يبلغ القدر في مبايعات الناس [كان للمشتري الخيار، إن شاء أخذ الكل بكل الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن الزق إذا لم يبلغ ذلك المقدار في مبايعات الناس](١) يتمكن الخلل في الرضا، فيثبت له الخيار لتمكن الخلل في الرضا، وإن وجد المشتري الزق مائة رطل، والزيت خمسين رطلاً، كان البيع فاسداً؛ لأنه باع الزق مع ما يكمله مائة رطل من الزيت، وذلك الزيت معدوماً عند شراء الزق

(١) ما بين المعقوفين ساقطة من الأصل، وأثبتت هذه الزيادة من نسخة ظ.

مائة، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة؛ لأن عنده فساد العقد في البعض يفسد بقدر ما يوجب فساد العقد فيما بقي، وإنما يشكل على قولهما. والوجه لهما أنه لما قابل الثمن بالزق، وبما يكمله مائة رطل من الزيت، لابد وأن يضم إلى الزق شيء من الزيت، لا لإدخاله في العقد، ولكن ليقسم الثمن عليهما، حتى تظهر حصة الزق، والقليل يصلح [لذلك والكثير يصلح] أيضاً، وليس البعض أولى من البعض، فكان ثمن الزق مجهولاً، وجهالة الثمن توجب فساد العقد.

ولو وجد وزن الزق عشرين رطلاً، ووزن الزيت مائة رطل، لزم المشتري الزق وثمانون رطلاً من الزيت بجميع الثمن، ويرد الباقي على البائع؛ لأنه اشترى الزق وقدر ما يكمله مائة رطل من الزيت، وذلك قدر ثمانون [رطلاً] والوزن في الزيت معتبر، وكانت الزيادة على مال البائع، فيرد عليه؛ كما لو اشترى الزيت وحده على أنه ثمانون رطلاً، فوجده مائة رطلاً.

وكذلك لو كان الزق على حدة [والزيت على حدة] فاشتراهما جملة كان الجواب كما قلنا؛ لأن صرفنا الزيادة والنقصان إلى الزيت للمعنى [الذي ذكرنا]، وذلك المعنى لا يتفاوت بينما إذا كان الظرف، وعنه لما ضم إليه من الزيت، أو لم يكن.

١٢٠٧٦ – ولو اشترى زيتاً في ظرف، وسمناً في ظرف آخر، فاشتراهما بغير ظرف على أن يكون ذلك كله مائة رطل، فوجد السمن أربعين رطلاً، والزيت ستين، فإنه يرد من الزيت على البائع عشرة أرطال، ويطرح من ثمن السمن مقدار عشرة أرطال من السمن. وإنما كان هكذا لأنه أضاف الوزن إليهما، وكل واحد منهما يحتمل[1] الزيادة والنقصان، وانقسم عليهما نصفين، فإذا وجد أحدهما أزيد، والآخر أنقص، رد الفضل، وسقط حصة النقصان من الآخر، بخلاف المسألة الأولى، فإن الوزن وإن أضيف الزق والزيت إلى أن أحدهما قابل لا للزيادة والنقصان، وهو الزيت، والوزن فيه معتبر [والآخر وهو الزق لا يقبل الزيادة والنقصان، والوزن فيه غير معتبر][2]، كان صرف النقصان إلى ما يحتمله، وهو موزون حكماً أولى.

وكذلك إذا اشترى حنطة في جوالق، وشعيراً في جوالق آخر بغير الآخر على أن الكل مائة من، فهو على هذا، وكذلك إذا أضاف المائة إلى ثلاثة أصناف من المكيلات، دخل العقد من كل صنف ثلث المائة، كما قلنا.

---

(١) وفي «م»: يقبل بدلاً من يحتمل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من «م».

نوع آخر

في بيع الأشياء المتصلة بغيرها والبيوع التي فيها استثناء:

١٢٠٧٧ - قال محمد: ولا يجوز شراء ألبان الغنم في ضروعها كيلا ومجازفة بدراهم أو غير ذلك؛ إن كان مجازفة فلوجهين: أحدهما: أن فيه غررًا، فإنه لا يدري ما في الضروع أنه لبن، أو دم، أو ريح، والثاني: أن البيع يتناول اللبن الموجود حالة العقد، لا ما يحدث؛ لأنه يحدث ساعة فساعة، وما يحدث بعد البيع يختلط بالمبيع خلطًا لا يمكن تمييزه، فيصير قدر المبيع مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة، وإن كان مكايلة فلمعنى الأول.

وكذلك لا يجوز بيع الولد في البطن؛ لأن فيه غررًا، فإنه لا يدري أن ما في البطن ريح أو ولد، وكذلك لا يدري أنه حي أو ميت.

١٢٠٧٨ - ولو باع الحنطة في سنبلها جاز، بخلاف الولد في البطن، واللبن في الضرع، ولا فرق بينهما من حيث الصورة؛ لأن وجود الحنطة في السنبل ثابت من حيث الظاهر إذا لم يكن بالسنبل آفة، وكذلك وجود الولد في البطن، ووجود اللبن في الضرع ثابت من حيث الظاهر إذا لم يكن الانتفاخ لعلة، وإنما جاز الفرق؛ لأن في الموضعين الموجود وإن كان ثابتًا، إلا أنه بعدما ثبت الوجود من حيث الظاهر تمكن في الولد واللبن غرر آخر، وهو الغرر في كونه مالا، فإنه لا يدري أن ما في البطن حي أو ميت، ولا يدري أن ما في الضرع لبن أو دم؛ وفي السنبلة متى ثبت الوجود من حيث الظاهر، ولا يتمكن الغرر في كونه مالا أو غير مال؛ لأن الحنطة على أي صفة كانت مالا.

هذا إذا باع حنطة في سنبلها، فأما إذا باع حنطة مكايلة، وله حنطة في سنبلها جاز البيع أيضًا؛ لأن الحنطة موجودة في ملكه.

١٢٠٧٩ - ولو اشترى من تلك الحنطة قال الكرخي لا يجوز، وكذلك بيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز؛ لأن فيه غررًا، ولأنه يحدث ساعة فساعة، وما يحدث بعد البيع يختلط المبيع بغير المبيع على وجه يتعذر التمييز، ولا يدري قدر ما دخل تحت [العقد] فيصير المعقود عليه مجهولا، بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر من الجواب قول محمد، أما على قول أبي يوسف: ينبغي أن يجوز البيع على قياس مسألة ذكرها في كتاب الصلح.

١٢٠٨٠ - وصورتها: إذا ادعى رجل في يد رجل [غنمًا] فصالحه من في يديه الأغنام على صوف على ظهورها، جاز الصلح عند أبي يوسف، خلافًا لمحمد، ومنهم من قال: ما ذكر من الجواب في البيع قولهم الكل. وسيأتي بعد هذا عن أبي يوسف ما يدل على صحة هذ

القول، وهذا القائل يحتاج إلى الفرق لأبي يوسف بين مسألة البيع وبين مسألة الصلح، والفرق أن طريق جواز الصلح في تلك المسألة استيفاء بعض الحق، وترك البعض، فأمكن تجويزه بهذا الطريق؛ لأن الصلح يجوز [بدون الحق] وإنما يتحقق التجويز بدون الحق باستيفاء البعض، وترك البعض [فأما البيع] فتمليك مبتدأ، والصوف على ظهر الغنم لا يقبل التمليك ابتداء، وقد ذكرنا قبل هذا أن بيع شاة على ظهرها صوف بصوف منفصل بطريق الاعتبار جائز بلا خلاف، وبدون الاعتبار على الخلاف عند بعض المشايخ؛ وأما قوائم الخلاف، وسعف النخل اختلف المشايخ فيه، منهم من لم يجوز بيعه، ومنهم من جوز بيعه، وذكر أبو الحسن الكرخي في كتابه جوازه، وروى الحسن بن زياد عن أصحابنا جوازه، ومن لم يجوز من المشايخ اختلفوا فيما بينهم في العلة، بعضهم قالوا: لأنه يزيد ساعة فساعة، فيختلط المبيع بغير المبيع على وجه يتعذر تمييزه، فكان نظير بيع الصوف على ظهر الغنم؛ وبعضهم قالوا: لأن موضع القطع مجهول، ومن جوز بيعه من المشايخ يجيب عن الأول، ويقول: بأن القوائم تزيد من الأعلى، ألا ترى أنا جعلنا على موضع القطع علامة، فإذا مضى زمان، فالعلامة لا تعلو، بل تبقى في موضعه، فتكون الزيادة حاصلة من ملك المشتري، بخلاف الصوف؛ لأن الصوف ينمو من أسفله، ألا ترى أنك إذا خضبت أسفله ومضى زمان: فالخضاب يعلو؛ فالزيادة إنما تحدث من ملك البائع، فتكون للبائع، وقد اختلط المبيع، ولا يدري قدره، فيصير قدر المبيع مجهولا، ويجيب عن الثاني، ويقول: إن كان موضع القطع مجهولا، فهذه جهالة لا توقعهما في المنازعة.

١٢٠٨١ - وإذا باع الصوف على ظهر الشاة، ثم إن البائع جز الصوف، واختار المشتري أخذهما بالبيع، روى بشر عن أبي يوسف: أنه ليس له ذلك، إلا أن يستقبلا البيع عن تراض منهما، وروى هشام عن محمد هذه المسألة بعبارة أخرى، فقال: إن شده(١) البائع، ودفعه إلى المشتري، لم يجز.

١٢٠٨٢ - ولا يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف، وروي عن أبي يوسف أنه يجوز؛ لأن الصدف لا ينتفع به إلا بالشق، فأمكن تسليم المعقود عليه من غير ضرر، ووجه ظاهر الرواية أنه لا يمكن تسليم المعقود عليه إلا بالشق، والشق شيء وإنه لم يوجبه العقد.

١٢٠٨٣ - وإذا باع حب قطن في قطنه بعينه، أو باع نوى تمر في تمره لا يجوز، وأشار أبو يوسف إلى الفرق بين هذا وبينما إذا باع الحنطة في سنبلها، فقال: لأن [illegible] في السنبل

---

(١) هكذا في النسختين [illegible]، وكان في الأصل [illegible].

الحنطة، ألا ترى أنك تقول: هذه حنطة، وهي في سنبلها، ولا تقول: هذا حب وهو في القطن، وإنما تقول: هذا قطن، وكذلك في التمر.

١٢٠٨٤ - وفي نوادر هشام عن محمد: إذا باع البذر الذي في البطيخ ممن يريد البذر، ورضي صاحب البطيخ أن يقطع له البطيخ، فالبيع باطل، وكذا إذا باع السمسم، وزيت الزيتون، لا يجوز، وإن سلم البائع ذلك لم يجز، هكذا ذكر القدوري في شرحه.

١٢٠٨٥ - قال: ولا يجوز بيع الجذع في السقف، يريد به أن من باع الجذع في السقف لا يجوز، ولو نزعه البائع وسلمه إلى المشتري، جاز البيع، والفرق أن الجذع عين مال في نفسه، وإنما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض، إلا أنه عد عاجزاً عن التسليم حكماً، لما فيه من إفساد بناء غير [مستحق بالعقد]، وفيه ضرر، فإذا قلع، والتزم الضرر، زال المانع، فأما حب السمسم، وزيت الزيتون، فهو معدوم، فلا يكون محلاً للبيع، وبذر البطيخ والنوى في التمر وإن كان موجوداً إلا أنه متصل به اتصال خلقة، فكان تابعاً له، وكان العجز عن التسليم هناك معنى أصلياً، لا لأنه يعتبر عاجزاً حكماً لما فيه من إفساد شيء غير مستحق للعقد.

١٢٠٨٦ - وفي نوادر ابن سماعة: قال: سألت محمداً عمن باع فصاً في خاتم أو جذعاً في سقف، وذلك لا ينزع إلا بضرر، أيملكه المشتري، أو هو موقوف؟ قال: هو موقوف، لا يملكه المشتري ما دام للبائع فيه خيار، إن شاء [سلمه] وإن شاء لم يسلم، أنظر إلى ما قبل القلع، فإذا صار بحال لا يقدر البائع فيه على الامتناع من دفعه ملكه المشتري، فإن لم يخاصم المشتري في ذلك حتى باع البائع الخاتم بأسره، أو باع البيت بأسره من إنسان آخر، ودفعه إليه، قال محمد: نقض بيع البائع الثاني بعض بيعه أو لا، قلت: أرأيت إذا باعني رجل فصاً في خاتم، أو مسماراً في باب، أو جذعاً في سقف، ثم دفع إلي الخاتم بأسره، أو دفع الباب، أو البيت بأسره، فهلك في يدي، قال محمد: القياس أن لا يكون قابضاً لما اشتريت، ويهلك من مال البائع، ولا أعلمه إلا قول أبي يوسف أنه لا يكون قابضاً حتى يدفعه إليه مقصوراً لا مختلطاً.

وذكر في المنتقى أصلاً في هذه المسائل، فقال: كل شيء كنت أجبر البائع على دفعه إلى المشتري، متى قبضه على حالة البيع، فضاع لزمه، وكل ما لم أجبره على دفعه إلى المشتري، فدفعه إليه لا يكون [قابضاً] فلا ضمان عليه إذا هلك.

بيان مسألتنا هذه إذا كان الفص لا ينزع إلا بضرر لا يجبر البائع على دفعه إليه، وإذا دفعه إليه مع الحلقة، ثم ضاع من يده، فقد لزمه البيع، وعليه الثمن، ولا ضمان عليه في

الحاقة، وكذلك في أجناسه.

قال ابن سماعة: قلت لمحمد: أرأيت لو اغتصب جذعًا، فسقف به بيتًا، أو اغتصب آجرًا، فبنى به دارًا، أو اغتصب مسمارًا، فجعله في باب، ثم باع البيت والباب والدار، يجوز البيع في ذلك، وإذا علم المشتري بذلك، أيكون له الخيار في رد الدار والبيت والباب؟ قال: البيع جائز، وليس للمشتري فيه خيار؛ لأن المغصوب منه لا يقدر على أخذ ذلك.

١٢٠٨٧ - وروى إبراهيم عن محمد: في رجل إذا نظر إلى ألف من قطن، فقال: قد اشتريت منه حليج هذا القطن [بمائة] من، قال: هذا فاسد، وعنه أيضًا: فيمن اشترى ذراعًا من خشبة، أو من ثوب من جانب معلوم، أن البيع فاسد، فإن قطعه، وسلمه إلى المشتري، لم يكن للمشتري أن يمتنع من قبوله؛ وله أن يفسخ البيع قبل أن يسلم إليه البائع، وروي عن أبي يوسف في هذه الصورة: أن البيع جائز، والمشتري بالخيار إذا قطع البائع ذلك له، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه.

١٢٠٨٨ - وعن محمد رواية ابن سماعة: إذا اشترى الرجل من آخر نصف القوس من أحد الطرفين، أو نصف الخشبة من هذا الرأس أنه فاسد، فإن قطعه البائع، فهو جائز، ويدفعه إلى المشتري، وله أن يمتنع.

١٢٠٨٩ - قال هشام: قلت لمحمد: ولو كان لرجل شاة مذبوحة، فاشترى رجل كروشها، أو مسلوخها، فهو جائز، والسلخ وإخراجه على البائع، وللمشتري الخيار إذا رآه، ولو كانت بطيخة مكسورة كانت بمنزلة الشاة المذبوحة، يجوز بيع بذرها.

١٢٠٩٠ - وفي "الأصل": إذا اشترى من آخر كذا قفيزًا بعينه من هذه الصبرة، لا يعرف قدره، بأن قال: اشتريت منك من هذه الصبرة بهذا الزنبيل، ولا يعرف كم يسع في الزنبيل، أو قال بوزن هذا الحجر، ولا يعرف وزن الحجر، جاز يدًا بيد، شرط في "الأصل" أن يكون يدًا بيد، وفي "القدوري" لم يشترط ذلك، وجعل الجواز جواب المشهور من الرواية.

١٢٠٩١ - وفي "المنتقى": رجل اشترى من آخر طعامًا على أن يكيله بزنبيل، أو بإناء يشبه الزنبيل ليس بمكيال، فقال: اشتريت منك ملء هذا الإناء من هذه الصبرة بكذا، أن ذلك لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهذا الإناء لا يعرف ملؤه كما يعرف المكيال، فليس هذا بمكايلة ولا مجازفة، معناه ليس هذا بيع مكايلة، ولا بيع مجازفة، قال محمد: وكذلك إذا اشترى شيئًا بوزن، واشترط وزن صخرة، أو حجر لا يعرف وزنه، فهو مثل هذا الإناء، ثم

رجع أبو يوسف عن هذا، وقال: إذا كان الإناء لا يتسع فاحشاً فيه التفاوت الذي يكون به، أنه يجوز.

١٢٠٩٢ – وروى ابن إبراهيم عن محمد عن محمد: إذا اشترى ملء هذا الجراب بدرهم لم يجز؛ لأن الجراب ينفتح وينضم، وكذلك الزنبيل. قال: إلا أن يكون الزنبيل مقيراً يابساً لا ينضم، فيجوز البيع به، وقيل: ما ذكر في الأصل، وفي القدوري، محمول على ما إذا كان الإناء من خزف أو حديد أو خشب، أو ما أشبه ذلك مما لا يحتمل الزيادة والنقصان [أما إذا كان مما يحتمل الزيادة والنقصان](١) كالزنبيل والجوالق والغرارة لا يجوز البيع.

مسائل الاستثناء: ذكر القدوري في شرحه: إذا باع جملة، واستثنى منه شيئاً، فإن استثنى ما جاز إفراده بالعقد، جاز الاستثناء، نحو أن يستثني جزءاً مشاعاً، وإن استثنى ما لا يجوز إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه، كما لو استثنى عضواً من الشاة، وهذا لأن الاستثناء استخراج بعض ما يتناوله الكلام في حق الحكم، وإنما يصح في محل يمكن إثبات حكم الكلام فيه مقصوداً.

١٢٠٩٣ – ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد: إذا قال لغيره: أبيعك هذه الدار إلا طريقاً فيها من هذا الموضع إلى باب الدار، ووصف طوله وعرضه، وشرط ذلك لنفسه، أو لغيره، فالبيع جائز، والثمن الذي سمى كله ثمن ما بقي من الدار سوى الطريق؛ لأن هذا شيء استثناه من البيع، ولا حصة له في الثمن، قال ثمة: ألا ترى أن من قال لآخر: أبيعك هذا العبد على أن لي ربعه، فقبل المشتري البيع، كان له ثلاثة أرباع العبد بثلاثة أرباع الثمن، ولو قال في بيع الدار على أن للبائع فيها طريقاً، ووصف طوله وعرضه، لا يجوز، ذكر هذا الفصل في العيون، وفيه أيضاً: إذا قال لغيره: أبيعك هذه الدار بعشرة آلاف درهم على أن لي هذا البيت، فالبيع فاسد، ولو قال: إلا هذا البيت جاز البيع بجميع الثمن.

١٢٠٩٤ – وذكر شمس الأئمة في شرح كتاب القسمة: أن بيع رقبة الطريق على أن يكون للبائع حق المرور فيه جائز، بخلاف بيع حق المرور بانفراده في رواية، فإنه لا يجوز، وبيع السفل على أن يكون للبائع حق قرار العلو جائز.

١٢٠٩٥ – وفي الأمالي عن محمد رحمه الله: إذا قال الرجل: بعتك هذا العبد بألف درهم إلا نصفه بخمسمائة درهم، فالبيع جائز في جميع العبد بألف وخمسمائة، ولو قال: إلا نصفه بمائة درهم، فالعبد كله للمشتري بألف درهم ومائة درهم.

١٢٠٩٦ – الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله: إذا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسختين: ظ، م.

١٢١٠٣ - وإذا باع عبدين ، وأحدهما مدبر ، أو مكاتب ، أو أم ولد ، وسمى لكل واحد ثمنًا ، فالبيع جائز في القن .

١٢١٠٤ - وإذا اشترى جراب مروي على أن فيه خمسين ثوبًا كل ثوب بعشرة ، فوجده تسعة وأربعين ، جاز البيع في تسعة وأربعين . وإذا اشترى] [1] عبدين ، فقبض أحدهما ، ولم يقبض الآخر ، حتى باعهما جميعًا بألف على أن كل واحد بخمسمائة ، جاز البيع فيما قبض ، ولم يجز فيما لم يقبض .

١٢١٠٥ - وكذلك إذا اشترى عبدًا بألف درهم ، وقبض العبد ، ولم ينقد الثمن حتى باعه مع عبد له آخر من البائع بألف درهم ، كل واحد منهما بخمسمائة ، فإنه يجوز البيع في عبده ، ولا يجوز في العبد الذي اشتراه ؛ لأن سبب الفساد - وهو بيع ما اشترى بأقل مما اشترى قبل نقد الثمن - وجد في البعض ، ولا يلزم على ما قلنا : إذا لم يبين حصة كل واحد من العبدين حتى ظهر أن أحدهما حر ، فإن العقد يفسد في الكل ؛ لأن سبب الفساد هناك وجد في جميع العقد في حصة العبد والحر جميعًا ، أما في حصة الحر ، فظاهر ، وأما في [حق] العبد فلجهالة الحصة ابتداء ؛ لأن الحر مع بدله غير داخل تحت العقد أصلا ؛ بدليل أنه لو قبض الحر لا يملكه ، ولا بدله ، وإنما دخل في العقد العبد مع بدله لا غير ، فيصير مشتريًا القن بما يخصه من الألف ابتداء لو قسم الألف عليه وعلى الحر ، وجهالة الحصة ابتداء توجب فساد العقد ، ألا ترى أن من قال لغيره : بعت منك هذا العبد بما يخصه من الألف لو قسم الألف عليه وعلى هذا الحر ، فإن البيع لا يجوز ، وإنه لا يجوز لما قلنا . فأما إذا بين حصة كل واحد [منهما] فسبب الفساد وجد في حق [الحر] لا غير ؛ لأن سبب الفساد في حق القن حالة الإجمال جهالة حصته من الثمن ، والجهالة ترتفع عند بيان حصة كل واحد منهما ، ولا يلزم بيع الدرهم بالدرهمين ؛ لأن هناك سبب الفساد وجد في حق الكل ؛ لأن الدرهم الواحد قوبل بالدرهمين ، فيجب قسمتها على الدرهمين ، وإذا قسمناه على الدرهمين يتمكن الربا في الدرهمين جميعًا ؛ لأنه يصير كل واحد منهما بنصف درهم .

١٢١٠٦ - ولا يلزم إذا اشترى عبدًا بألف درهم ورطل من خمر ، فإنه يفسد العقد في جميع العبد في حصة الألف والخمر جميعًا ؛ لأن سبب الفساد هناك وجد في جميع العبد ، أما في حصة الخمر فظاهر ، وأما في حصة الألف فلأن ما يخص الألف من العبد مجهول جهالة مقارنة من وجه إن كانت طارئة من وجه ؛ لأن الخمر لا يدخل تحت العقد حتى لا يملك عينه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة (م) .

بالعقد بحال من الأحوال، وإن اتصل القبض، ولكن بدله دخل تحت العقد، حتى ملك بدله بالقبض، فباعتبار البدل تكون الجهالة طارئة، وباعتبار العين تكون الجهالة مقارنة، والمقارنة توجب الفساد، والطارئة لا توجب، فرجحنا ما يوجب الفساد على ما يوجب الجواز احتياطًا، فقد وجد سبب الفساد في جميع العبد.

ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن سبب الفساد في هذه المسائل وجد في جميع العقد، أما في حصة الحر فظاهر، وأما في حصة القن، فهو اشتراط الربا، بيانه: أن بدل الحر صار مشروطًا في حصة القن من حيث المعنى؛ لأن الصفقة الواحدة واحدة، والصفقة الواحدة إذا أضيفت إلى شيئين موجودين، فقبول العقد في كل واحد منهما يصير شرطًا لصحة القبول في الآخر، حتى لو قبل المشتري العقد في أحدهما لا يجوز، وإذا صار قبول العقد في الحر شرطًا لقبول العقد في القن من حيث المعنى، صار بدله مشروطًا في حصة القن معنى، وبدل الحر ربا؛ لأنه مال متقوم شرط في العقد من غير عوض أصلاً؛ لأن الحر لا يصلح عن المال، فبقي بدله بغير عوض أصلاً، فيكون ربا، وقد صار مشروطًا في حصة القن غير مقابل بالقن، فيصير ربا، كما لو قال: بعتك هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم لي خمسمائة أخرى بغير شيء.

١٦١٠٧ - وأما إذا باع عبده وعبد غيره، قلنا: هناك لم يوجد سبب الفساد في حصة عبده، وهو اشتراط الربا؛ لأن قبول المستحق مع بدله، وإن صار شرطًا في عبده إلا أن بدله في نفسه ليس بربا؛ لأنه مقابل بما يصلح عوضًا، وهو المستحق، والربا عبارة عن مال ملك بالبيع بغير عوض أصلاً، وبعوض لا يصلح عوضًا عنه بوجه ما.

فإن قيل: فإن لم يوجد سبب الفساد في حصة عبده من هذا الوجه وجد من وجه آخر، وهو جهالة الحصة؟

قلنا: ليس كذلك؛ لأن المستحق مع بدله دخل تحت العقد، وكان البدل في الابتداء جميع المسمى، وهو ألف درهم، وأنه معلوم، وإنما يصير بالحصة بعد ذلك إذا لم يجده المستحق، فيكون جهالة طارئة من كل وجه.

١٦١٠٨ - وإذا جمع بين عبدين، وأحدهما مكاتب، أو مدبر، أو أم ولد، قلنا: هناك لم يتمكن سبب الفساد في حصة القن، وهو اشتراط الربا؛ لأن هؤلاء دخلوا في العقد مع القن لقيام المالية [فيهم، وبدلهم] ملك بمقابلة ما يصلح عوضًا عنه، فإنه مقابل بالمال، فلا يكون ربا، بخلاف بدل الحر على ما مر.

وأما مسألة الجراب، فقد ذكرنا قبل هذا عن أبي حنيفة أن العقد فاسد في الثياب

الموجودة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على رواية قاضي الحرمين، وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى عنه، واستشهد بمسألة الجامع، ومن قال من المشايخ إن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يجوز البيع في الثياب الموجودة، يفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى بين مسألة الجامع وبين مسألة الجراب، ووجه الفرق أن الإضافة إلى الثوبين في مسألة الجامع قد صحت لوجود المضاف [إليه] من حيث الحقيقة، وصار قبول العقد في الثوبين شرطاً لقبول العقد في الهروي، وصار بدله مشروطاً في الهروي أيضاً، وبدله ربا؛ لأنه بدل معلوم مقابل بمعلوم، فإنه أشار وسمى لما يقابله من خلاف جنس المسمى، فتكون العشرة مسمى، والمسمى معدوم، وبدل المعدوم ربا، كذا هنا، فأما في مسألة الجراب فالإضافة إلى الثوب المسمى، ولم يصح أصلاً؛ لأنه لا تصح الإضافة إلا في مضاف إليه موجود، فإذا كان معدوماً لم تصح الإضافة أصلاً، ولم يصر قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبول العقد في الموجود، ولم يصر بدل المعدوم الذي هو ربا مشروطاً في الموجود [فعلى] هذه المسألة من شرط الربا، فإن باع عبدين أحدهما مقبوض والآخر غير مقبوض، ففي حق المقبوض لم يوجد اشتراط الربا؛ لأن بدل غير المقبوض من البيع لا يكون ربا؛ لأن الربا عبارة عن فضل مال ملك بالبيع لا يقابله عوض، وقد قابله عوض.

وأما مسألة شرى ما باع بأقل مما باع، فثمة ما لم يوجد سبب الفساد في العقد الذي لم يفسد، وهو اشتراط الربا، لما ذكرنا أن الربا فضل مال خال عن العوض، ولم يوجد الفضل فيه المشترى، وذكر أبو الحسن الكرخي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: فيمن باع جارية في عنقها طوق بألف درهم نسيئة، أن البيع باطل في الجميع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر، فجعل أبو الحسن رجوع أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذه المسألة رجوعاً في جميع ما هو من هذا الجنس من المسائل.

١٢١٠٩ - وإذا اشترى ضيعة وفيها قطعة من الوقف، كان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يقول: البيع فاسد في الوقف والملك، كما لو جمع بين حر وعبد، وكان القاضي الإمام ركن الإسلام أبو الحسن علي السغدي رحمه الله تعالى يقول: البيع جائز في الملك، كما لو جمع بين عبد ومدبر، ثم رجع شمس الأئمة إلى قول ركن الإسلام.

١٢١١٠ - وفي «فتاوى أهل سمرقند»: اشترى كرماً فيه مسجد قديم، وقد أطلق العقد، هل يفسد البيع في الكرم؟ ينظر إن كان المسجد عامراً يفسد؛ لأن المسجد إذا كان عامراً لا يدخل تحت البيع بالإجماع، وإن كان المسجد خراباً [فيظهر] في حق الباقي، كما لو جمع بين حر

وعبد، وإن كان المسجد خرابًا، لا يفسد العقد في الباقي؛ لأن في دخول المسجد تحت البيع [في هذه الصورة خلافًا ظاهرًا][1]، فعند بعض العلماء المسجد إذا خرب، واستغنى عنه أهله يعود إلى ملك الباني إن كان حيًا، وإلى ملك ورثته إن كان ميتًا، فلم يكن الفساد قويًا، فصار كما لو باع عبدًا، أو مدبرًا، والذي ذكرنا في الوقف، وكذلك في المقبرة.

١٢١١١ - وإذا كانت الأرض مشتركًا بين رجلين، باع أحدهما جميع الأرض من صاحبه، كان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى يقول بفساد البيع، وكذا كان يقول فيما إذا صالح المدعى عليه مع المدعي عن دعواه على دار مشترك بينهما، وكان يشير إلى المعنى أن ملك المشتري ليس بمحل للبيع في حق المشتري، فكان بمنزلة ما لو جمع بين حر وعبد في البيع، ولكن فيه نظر؛ لأن نصيب المشتري محل للبيع في الجملة، فيكون بمنزلة ما لو جمع بين مدبر وعبد، والدليل عليه أن رب المال إذا اشترى من المضارب شيئًا من مال المضاربة بعد ما ظهر من الربح، يجوز، وإن كان بعض المشتري ملك المشتري، وإذا كان الفساد بسبب الافتراق، لا لمعنى في نفس العقد، فإنه يقتصر بقدره خاصة، ذلك أن يسلم عشرة دراهم في شيء، خمسة دين عليه، وخمسة نقد، وكذلك في باب الصرف إذا قبض البعض دون البعض، فسد بقدر ما لم يقبض خاصة.

ولو اشترى عبدًا بخمسمائة نقد، وخمسمائة له على فلان، أو بخمسمائة إلى العطاء، فسد البيع في الكل، ذكره القدوري في شرحه.

١٢١١٢ - وفي "المنتقى": رجل اشترى دارًا وطريقًا من طرق المسلمين محدودة معلومة، يعني جمع بين الدار وبين طريق المسلمين في البيع، فاستحق الطريق بعد ما قبضهما المشتري، فإن شاء المشتري رد الدار، وإن شاء أمسكها بحصتها إذا كان الطريق مختلطًا بالدار، فإن كان مميزًا لزمته الدار بحصتها من الثمن، ولم يكن له الخيار، وإن كان الطريق ليس بمحدود، ولا يعرف قدره، فسد البيع، ولو كان مكان الطريق مسجد خاص يجمع ما فيه، فالقول فيه مثل الطريق المعلوم، وإن كان مسجد جماعة، فسد البيع كله، هكذا ذكر في بعض النسخ، وفي بعضها: وإن كان مسجد جامع، فسد البيع كله؛ لأن بيع المسجد الجامع لا يجوز، ولا يحل، وكذلك إذا كان مهدومًا، أو أرضًا ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون الأصل مسجد جامع.

(١) هكذا في "م"، وكان في الأصل و "ظ": بعد قوله تحت البيع: إذا خرب واستغنى عنه أهله خلاف، فعند بعض العلماء.

نوع آخر في شراء ما باع بأقل مما باع:

١٢١٦٣ - يجب أن يعلم أن شراء ما باع الرجل بنفسه، أو بيع له: بأن باع وكيله بأقل مما باع، ممن باع، أو ممن قام مقام البائع، كالوارث قبل نقد الثمن لا يجوز، إذا كان السلعة على حالها، لم ينتقص بعيب، وكذلك إن بقي عليه شيء من [ثمنه]، وإن قل، أما إذا اشترى ما باع بنفسه، فللحديث المعروف، ولأجل شبهة الربا؛ لأن بين ثمن الثاني وبين الثمن الأول شبهة المقابلة من حيث إن العقد الثاني أوجب تأكد الثمن الأول؛ لأن الثمن الأول كان بعرض السقوط بالرد [بالعيب]، وهذه العرضة تزول بالبيع الثاني، فهو معنى قولنا: أن البيع الثاني يوجب [تأكد الثمن الأول، وللمؤكد] حكم الموجب حتى إن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ضمنوا نصف الصداق؛ لأنه كان بعرض السقوط بالفرقة الجائية من قبلها، فهم بإضافة الفرقة إلى الزوج، أزالوا تلك العرضة وأكدوه، فكانوا كالموجبين له، كذا ههنا.

وإذا ثبت أن البيع الثاني وكد الثمن الأول، وللتأكيد حكم الإيجاب كان وجوب الثمن الأول مضافًا إلى العقد الثاني حكمًا، فصار العقد الثاني موجبًا الثمن الأول حكمًا، والثمن الثاني حقيقة، فكان يثبت شبهة المقابلة من حيث إن وجوبهما مضاف إلى عقد واحد في حالة واحدة.

ولو ثبت بينهما حقيقة المقابلة كان ربا حقيقة، فإذا ثبت بينهما شبهة المقابلة، ثبت شبهة الربا، بخلاف ما بعد قبض الثمن؛ لأن هناك العقد الثاني ما أوجب تأكيد الثمن الأول، لأن الثمن الأول صار مؤكدًا بالقبض، ولم يبق له عرضة السقوط قبل العقد الثاني، فلم يكن العقد الثاني تأكيدًا له.

١٢١٦٤ - وأما إذا اشترى ما بيع له، بأن باع وكيله لا يجوز أيضًا، فقد جعل الموكل بائعًا ببيع الوكيل حتى لم يجز شراء ما باع وكيله بأمره بأقل مما باع قبل نقد الثمن. وأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه لم يجعل الموكل مشتريًا بشراء الوكيل، حتى قال: لو باع الرجل شيئًا بنفسه، ثم وكل رجلا بأن يشتري له ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، فاشتراه الوكيل، فإنه يجوز عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، خلافًا لهما، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن شراء الموكل منعقد ونافذ بدون التوكيل.

ولهذا لو اشترى بدون التوكيل، نفذ عليه، وصار الملك له، فلم يكن التوكيل محتاجًا إليه لانعقاد شراء الوكيل، ولا لنفاذه، فلم يكن شراء الوكيل مضافًا إلى الموكل، لا انعقادًا ولا

أيضاً؛ لأنه لم يصر الموكل مشترياً بشراء الوكيل أصلاً، إلا أن بعد ما تم شراء الوكيل، ونقد ماله، ينتقل الملك إلى الموكل بشراء حكمي ينعقد بينهما، فلأجل ذلك احتيج إلى التوكيل، فيصير الوكيل مشترياً لنفسه، ثم بائعاً من الموكل حكماً.

ولو اشتراه لنفسه حقيقة من غير توكيل، وباع حقيقته من البائع الأول جاز، فههنا كذلك، ولأن بيع الوكيل لا ينفذ بدون التوكيل إذ كان منعقداً بدون التوكيل، فكان التوكيل محتاجاً إليه لتنفيذه، فصار بيعه مضافاً إلى الموكل إن لم يرجع إلى انعقاده، إذ لم يصر مضافاً إليه فيما يرجع إلى الانعقاد، فصار الموكل بائعاً ببيع الوكيل فيما يرجع إلى النفاذ، فإن اشترى بعد ذلك عبداً مشترياً من وجه ما باع بأقل مما باع، فرجحنا جانب الفساد احتياطاً.

١٢١١٥ - وكذلك الجواب فيما إذا اشترى من وارث ما باع منه بأقل لا يجوز، فقد جعل المشتري من وارث من باع منه منزلة الشراء من بائعه، ولم يجعل ... شراء وارث البائع الوارث بمنزلة شراء البائع، حتى لو قال: مات البائع، واشترى وارثه، ما باع بأقل مما باع جاز، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في الفصلين جميعاً؛ لأن وارث كل واحد منهما قائم مقامه، ووجه الفرق لمحمد رحمه الله تعالى أن وارث البائع ما قام مقام البائع في هذا الشراء بحكم الإرث؛ لأن هذا الشراء ما كان له حال حياة المورث، فلما لم يقم مقامه في هذا الشراء بحكم الإرث، صار شراؤه وشراء أجنبي آخر سواء، فأما وارث من بيع منه وهو المشتري، قام مقام المشتري في هذا البيع بحكم الإرث، فإنه كان لا يملك البيع حال حياة مورثه؛ لأنه ملك مورثه، ولما قام الوارث مقام المشتري في بيع هذا العين بحكم الإرث، صار بيع الوارث وبيع المورث سواء، فكما لا يجوز بيع المشتري، فكذا لا يجوز بيع وارثه.

بعض مشايخنا قالوا: قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فيما إذا كان المشتري وارث البائع نظير قول أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا كان وارثاً يقبل شهادته له، أما إذا كان وارثاً لا تقبل شهادته له، كالوالد والولد، و[من] يتناسب لا يجوز شراؤه عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأن على قوله: ولد البائع ووالده وكل من لا تقبل شهادته له لو اشترى في حياة البائع لنفسه لا يجوز، خلافاً لهما؛ لأن منافع الأملاك بينهما متصلة، فصار شراء هؤلاء واقعاً للبائع، وكان البائع اشترى بنفسه، فكذا بعد وفاته، وبعضهم قالوا على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يجوز شراء الوارث البائع على كل حال، سواء كان وارث البائع ممن تقبل شهادته له، أو ممن لا تقبل شهادته، كما هو قول محمد رحمه الله تعالى، وفرق هذا القائل

(١) وفي النسخ: [illegible]

على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه بين حال حياة البائع وبين ما بعد الموت.

والفرق أن حال حياة البائع إنما لا يجوز شراء ولده ووالده وجميع من لا تقبل شهادته باعتبار أن منافع الأملاك متصلة بينهم، فيصير شراء هؤلاء بمنزلة شراء البائع لنفسه، وهذا المعنى قد انعدم بالموت، وإنما شرطنا أن تكون السلعة قائمة على حالها لم تنتقص بعيب؛ لأن بعد ما انتقص لا يتأتى شبهة الربا؛ لأن نقصان الثمن يجعل مقابلة ما فات بالعيب، فيصير مشتريًا ما بقي بما بقي من الثمن الأول معنى، وذلك جائز.

١٢١١٦ - ولو انتقص سعر السلعة من غير أن حدث بها عيب، فلا ينبغي أن يشتريها بأقل مما باع؛ لأن تغير السعر غير معتبر في حق الأحكام إذا بقي العين على حاله، كما في حق الغاصب، وأشباه ذلك، فيجعل وجوده كعدمه.

١٢١١٧ - ولو باع مشتري المشتري من رجل، ثم إن البائع الأول اشتراه من المشتري الثاني بأقل مما باع جاز. فإن عاد المشتري إلى المشتري الأول، إن عاد بسبب هو فسخ في حق الناس كافة، كخيار الرؤية، أو خيار الشرط، قبل القبض أو بعده بقضاء أو بغير قضاء، أو بخيار عيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، لا يجوز للبائع الأول أن يشتريه بأقل مما باع. وإن عاد إليه بسبب هو فسخ في حقهما، بيع جديد في حق الثالث، كان للبائع أن يشتريه بأقل مما باع، وكذلك لو أن المشتري وهب السلعة من إنسان، ثم إن البائع اشتراه من الموهوب له بأقل مما باع جاز.

١٢١١٨ - وكذلك لو وهبه الموهوب له من الواهب، وهو المشتري بعد ذلك، ثم إن المشتري باعه من البائع بأقل جاز، وكذلك لو أن المشتري باع العبد من إنسان، ثم اشتراه ثم باعه من البائع بأقل جاز.

١٢١١٩ - ولو أن المشتري وهبه من إنسان، وسلمه، ثم رجع في الهبة، ثم باعه من البائع بأقل لا يجوز؛ لأن الرجوع في الهبة من كل وجه فسخ، سواء كان بقضاء أو بغير قضاء، فيعود إلى المشتري قديم ملكه المستفاد من جهة البائع، فصار كأنه لم يهب، ولو لم يهب حتى باعه [من بائعه] (١) بأقل لا يجوز، فههنا كذلك [فقد جعل محمد الرجوع في الهبة فسخًا في حق الكل، سواء كان الرجوع بقضاء أو بغير قضاء، وهكذا ذكر في الجامع في أبواب الزكاة، وهكذا ذكر في كتاب الهبة على رواية أبي حفص، وعلى قول أبي يوسف، وهو

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه من النسخة م.

الصحيح، وفيه كلمات كثيرة، ذكرناها في أبواب الزكاة في [الجامع][1].

١٢٦٢٠ - ولو كان المشتري أوصى بهذا العبد لرجل، وقبل الموصى له الوصية، ثم مات الموصي، فباع الموصى له العبد من بائع الموصي [بأقل] جاز، هكذا ذكر في "الزيادات"، وفرق بين الموصى له من جهة المشتري وبين وارث المشتري، فإن وارث المشتري لو باعه من بائع مورثه بأقل لا يجوز، والفرق هو أن ملك الوارث عين[2] ملك المورث، ولهذا كان للوارث أن يرد على بائع مورثه، ويصير الوارث مغروراً من جهة بائع مورثه، كما يصير المورث مغروراً، فكان بيع الوارث كبيع المورث، فأما ملك الموصى له غير ملك الموصي، ولهذا لا يرد على بائع الموصي بالعيب، ولا يصير مغروراً من جهته، فأشبه المشتري والموهوب له، ثم المشتري من المشتري والموهوب له من جهة المشتري لو باع من البائع الأول بأقل يجوز، فكذا الموصى له، وقد كتبت في المستزاد مسألة الوصي على خلاف ما ذكر في "الزيادات"، والصحيح ما ذكر في "الزيادات".

١٢٦٢١ - وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع عبد له بألف درهم، فباع الوكيل، ثم إن الوكيل أراد أن يشتري العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لا يجوز، أما شراءه لنفسه؛ لأن الوكيل بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق، فكان هذا شراء البائع من وجه والثابت من وجه في باب الحرمات كالثابت من كل وجه، وأما لغيره بأمره فلأن شراء المأمور واقع له من حيث الحقوق، فيكون هذا شراء ما باع بأقل لنفسه من وجه، وكما لا يجوز للبائع أن يشتري ما باع بأقل مما باع، فكذا لا يجوز لعبده أن يشتري ما باع بأقل سواء، كان على العبد دين أو لم يكن، أما إذا لم يكن عليه دين، فلأن شراء العبد إذا لم يكن عليه دين يوجب الملك للمولى في المشترى على الحقيقة، فصار شراء العبد كشراء المولى بنفسه، وأما إذا كان على العبد دين، أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن دين العبد عندهما لا يمنع وقوع الملك للمولى في كسب العبد [فكان شراء عبده في هذه الحالة كشراءه بنفسه، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فلأن شراء العبد إذا كان عليه دين إن كان يمنع وقوع الملك للمولى في كسب العبد][3] حقيقة لا يمنع ثبوت حق الملك له في كسبه، فكان شراء عبده في هذه الحالة بمنزلة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل: غير.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و "م".

شراءه من وجه، وكذا لا يجوز شراء مكاتبه؛ لأن للمولى في اكتساب مكاتبه حق الملك، فيكون شراء مكاتبه كشرائه بنفسه من وجه.

١٢١٢٢ - ولو باع العبد أو المدبر أو المكاتب لم يكن للمولى أن يشتري ما باع بأقل؛ لأن بيع هؤلاء وقع للمولى من وجه، فيصير المولى مشتريًا ما بيع له من وجه بأقل.

ولو اختلف جنس الثمن، جاز الشراء، وإن كان الثمن الثاني أقل؛ لأن المانع في الجنس الواحد شبهة الربا، والربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس، قالوا: إلا أن يكون أحدهما دراهم والآخر دنانير، والثاني أقل قيمة من الأول، فيكون البيع فاسدًا استحسانًا؛ لأن الدراهم والدنانير جنس واحد معنى لكونهما ثمن الأشياء وقيمتها، فأخذنا بالمجانسة المعنوية احتياطًا.

١٢١٢٣ - وفي «القدوري»: ولا يجوز أن يبيع سلعة بثمن حال ثم يشتريها بذلك الثمن إلى أجل؛ لأن هذا في معنى شراء ما باع بأقل مما باع؛ لأن الأجل يمكن نقصانًا في المالية؛ لأن المؤجل انقص من الحال.

١٢١٢٤ - ولو باعه بألف درهم نسيئة سنة، ثم اشتراه بألف درهم نسيئة سنتين لا يجوز؛ لأن هذا في معنى شراء ما باع بأقل مما باع؛ لأن الزيادة في الأجل يكون نقصانًا في المالية، وإن زاد على الثمن درهمًا أو أكثر جاز، ويجعل الزيادة في الثمن الثاني بمقابلة النقصان المتمكن بزيادة الأجل، فينعدم النقصان معنى.

١٢١٢٥ - وفي «الزيادات»: عبد بين رجلين باعاه من رجل بألف درهم إلى سنة، فإن قالا: بعناك هذه العبد بألف، فقبل، أن يقبضا الثمن اشتراه أحدهما بخمسمائة حالة جاز الشرى في النصف بمائتين وخمسين، وبطل في النصف الآخر؛ لأن كل واحد منهما صار بائعًا نصيبه بخمسمائة؛ لأن بيع كل واحد منهما ينصرف إلى نصيبه، لا إلى نصيب شريكه؛ لأن الأصل تصرف الإنسان في ملكه.

ولهذا لو تفرد كل واحد منهما بيع النصف ينصرف ذلك إلى نصفه، وإذا انصرف بيع كل واحد منهما إلى نصيبه صار كل واحد منهما بيع النصف، ينصرف ذلك إلى نصيبه بائعًا نصيبه بخمسمائة، فإذا اشترى أحدهما بعد ذلك بخمسمائة، صار هو في النصف الذي كان له مشتريًا ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، فلا يجوز.

فأما في النصف الذي كان صاحبه لم يصر مشتريًا ما باع بنفسه، ولا بيع له فيجوز ؟؟؟ الفساد على النصف الذي كان له، ولا يتعدى إلى النصف الآخر عند أبي حنيفة؛ لأن فساد هذا العقد بسبب ضعيف حتى خفي على الشافعي، وعلى ؟؟؟ فلا يتعدى إلى النصف الآخر.

صيرورته إلى العمل بالمجاز، كيف وأن في العمل، وفي صرف الشراء إلى نصيبه ههنا فساد شرائه من كل وجه، فلهذا لا يعمل بالمجاز.

فإن قيل: لم لا يصرف شراء كل واحد منهما إلى نصيب شريكه كله ليصح بالصرف إلى الأقل، قلنا: تصرف العاقل إنما يصح إذا قصد من جهة الصحة.

والفصل بالجانب إذا كان الفساد ظاهرًا، أو الفساد ههنا خفي، فلا يقوم قصدهما الأول إلى قصد الصحيح لا بحالة، فيجب اعتبار الإطلاق والشيوع حتى لو عرف القصد ؟؟؟ بأن قال كل واحد منهما: اشتريت نصيب صاحبه كمن أجاز شراء كل واحد منهما في كل نصيب صاحبه، ولو قال: اشتريت نصيبي الذي بعت لا يجوز شراؤه أصلاً؛ لأنه نص على الفساد.

١٢١٢٧ - وفي المسألة الثانية: وهو ما إذا باعا كل نصيب على حدة ثم اشتريا جاز شراء كل واحد منهما في ثمن العبد بثمن الخمسمائة، لما قلنا: إن شراء كل واحد منهما نصف العبد مطلقًا ينصرف إلى نصف شائع من النصفين نصفه، وهو الربع مما كان له، ونصفه وهو الربع مما كان لصاحبه، فيما ينصرف إلى الربع الذي كان له، فذلك فسد، وما ينصرف إلى الربع الذي كان في ثمن العبد بثمن الثمن، وفسد في الباقي.

١٢١٢٨ - رجل له عبد وكل رجلا ببيع العبد، ثم إن صاحب العبد ووكيله باعا هذا العبد معًا من رجل بألف درهم نسيئة، ثم اشتراه الذي كان مالكًا له بخمسمائة بطل هذا الشرى في الكل؛ لأن نصفه باع بنفسه، ونصفه بيع له.

١٢١٢٩ - ولو اشترى الوكيل بخمسمائة صح شراؤه في النصف، وبطل في النصف؛ لأن نصفه باع بنفسه، فصح شراؤه فيه، والنصف الآخر ما باع بنفسه، ولا بيع له، فيصح شراؤه فيه بأي ثمن كان، ولو كان الوكيل باع هذا العبد كله من رجل، ثم اشتراه أحدهما.

١٢١٣٠ - أما الوكيل أو الموكل بأقل من الثمن الأول لا يجوز شراؤه في الكل؛ لأن الوكيل باع في كله، والموكل بيع كله له عبد بين رجلين باعاه من رجلين بألف درهم إلى سنة، فقبض المشتريان العبد، ثم اشترياه جميعًا بخمسمائة حالة، جاز شراء كل واحد منهما في ربع العبد؛ لأن البائعين حين باعاه من رجلين جملة صار كل واحد منهما بائعًا نصيبه، وهو النصف نصفه، وهو الربع من هذا المشتري، ونصفه، وهو الربع من ذلك المشتري، وجعل لكل واحد من المشتريين نصف العبد نصفه، وهو الربع من نصيب هذا البائع، ونصفه وهو الربع من نصيب ذلك البائع، فحين باعه منهما جملة صار بائعًا من كل واحد منهما نصف العبد شائعًا نصفه، وهو الربع مما كان له، ونصفه وهو الربع مما كان لصاحبه فقد شراء كل واحد منهما فيما كان له،

وهذه المسألة بناء على مسألة أخرى أن المسلم إذا وكل ذميًا بشراء خمر على قول أبي حنيفة يجوز، ويعتبر حال الوكيل، لا حال الموكل. وعند أبي يوسف ومحمد: لا يجوز، واعتبر حال الموكل، وجعلا عقد الوكيل كعقد الموكل بنفسه، فكذا ههنا.

بعد هذا قال محمد: يقع الملك في المشترى للآمر ملكًا فاسدًا؛ لأن الآمر لو اشتراه بنفسه ملكه ملكًا فاسدًا، فكذا إذا اشتراه وكيله له؛ لأنه فيه تصرف الوكيل كتصرفه بنفسه، وصار كالوكيل بالشرى إلى العطاء، إذا اشترى فإنه يقع الملك في المشترى للآمر ملكًا فاسدًا، ولا يقع الملك للوكيل.

وأبو يوسف يقول: لو جعلنا الوكيل مشتريًا للآمر كان فاسدًا، ولو جعلناه مشتريًا لنفسه كان صحيحًا، وتصرف العاقد محمول على الصحة ما أمكن، بخلاف الوكيل بالشرى إلى العطاء؛ لأن هناك شرى الوكيل لا يصح على كل حال جعلناه مشتريًا لنفسه، أو لم نجعله، وهنا لو جعلناه مشتريًا لنفسه كان صحيحًا، وللآمر فكذلك جعلناه مشتريًا للآمر بحكم الأمر.

وفي هذه المسألة نوع شبهة على قول أبي حنيفة؛ فإنه يقول: إن البائع أو ابنه لو اشتراه لنفسه في حال حياة البائع بأقل لا يجوز، وما يحصل للبائع من الملك بشرى الوكيل أكثر مما يحصل له بشراء الأب أو الابن لنفسه، والذي صح عنده في إزالة هذا الإشكال أن البيع مهر لأجل العقد، لا لأجل الحكم بدليل أن أحد العقدين لو كان همة كان كل واحد من العقدين صحيحًا، والحكم لا يتفاوت، فكل من له حق في العقدين جميعًا لا يجوز فيه الشراء كالبائع، وليس للوكيل حق في العقد الأول، فلا يمنع منه العقد الثاني، وإن كان حكمه يثبت للبائع، بخلاف الأب والابن، فإن لهما حقًا في العقدين، فنزلا منزلة البائع في ذلك.

نوع آخر في صورة البيوع الفاسدة والباطلة:

فمن جملة صور الفاسدة أن يبيع بخمر أو خنزير، ومن جملة ذلك بيع الدين من غير من عليه الدين، ومن جملة ذلك صفقتان في صفقة، نحو أن يقول: أبيعك هذا على أن تبيعني هذا، ومن جملة ذلك بيعان في بيع نحو أن يقول: بعتك[1] بقفيز حنطة أو بقفيزي شعير، ومن

(١) هكذا في الأصل ومن النسخة "ظ"، وكذا في حاشية النسخة "ف": بعتك قفيز حنطة بقفيزي شعير. وفي النسخة "م": بعتك بقفيز حنطة وبقفيزي شعير.

جملة ذلك [اشتراطه في بيع نحو أن يكون إذا أعطيتني الثمن حالاً، فكذا، أو إن كان مؤجلاً: فكذا، ومن جملة ذلك](١) إذا باع وسكت عن الثمن؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، فيصير البدل مذكوراً بذكر البيع، لكن يجعل المذكور هو القيمة؛ لأن الأصل في الأشياء هو القيمة، وإنما عدل عنها عند وجود التسمية وصحتها، ولم توجد التسمية، وإذا صارت القيمة مذكورة صار كأنه قال: بعت بالقيمة، والبيع بالقيمة بيع فاسد.

١٢١٣٤ - وأما إذا باع على أن لا ثمن له ففيه روايتان: في رواية: لا ينعقد أصلاً بخلاف ما إذا سكت عن ذكر الثمن؛ لأنه إذا سكت عن ذكر الثمن أمكن أن يجعل ذكر العوض دلالة، وعند نفي الثمن لا يمكن أن يجعل بيعاً بذكر الثمن دلالة إذ لا قوام للدلالة عند وجود التصريح بخلافه. وفي رواية قال: ينعقد؛ لأن النفي منه لم يصح؛ لأنه نفي حكم العقد، فصار وجود هذا النفي والعدم سواء، كأنه سكت عن ذكر الثمن.

١٢١٣٥ - ولو باع بالميتة أو الدم، أو الريح، فالبيع باطل، وروي عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا قال: أبيعك بما يرعى إبلي في أرضك، أو بما يشرب من ماء بيرك، أنه بيع ينعقد؛ لأنه سمى شيئاً متقوماً، فإنه لو قطع الحشيش، أو استقى الماء في إناء، وباعه يجوز، فلكون المسمى مالاً قلنا: بالانعقاد، ولكونه مجهولاً قلنا: بالفساد، بخلاف الفصل الأول؛ لأن المسمى هناك ليس بمال أصلاً، وكذلك لو باع عبداً بجارية من جواري المشتري، ولم يبينها، فهو بيع منعقد.

١٢١٣٦ - ولو قال: أبيعك بالحكمة، فهو بيع باطل؛ لأن المسمى ليس بمال.

ولو باع شيئاً بمكاتب أو مدبر أو أم ولد، فهو بيع منعقد؛ لأن المالية ثابتة في هذه المحال، وإنما حرم بيعها لحق محترم [لا] لانعدام المالية، وإنه لا يمنع انعقاد العقد بوصف الفساد.

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسختين: ظ، م.

الفصل السابع
في الشروط التي تفسد البيع، والتي لا تفسد

١٢١٣٧ - يجب أن يعلم بأن الشرط الذي يشترط في البيع لا يخلو: إما إن كان شرطًا يقتضيه العقد، ومعناه أن يجب بالعقد من غير شرط، وإنه لا يوجب فساد العقد، كشرط تسليم المبيع على البائع، وشرط تسليم الثمن على المشتري، وهذا لأن اشتراط ما يجب بالعقد من غير شرط لغو؛ لأنه لا يفيد شيئًا، فصار وجوده كعدمه، وكأنه لم يشرط شيئًا، فيجوز البيع.

وإن كان شرطًا لا يقتضيه العقد على التفسير الذي قلنا [إلا أنه] يلائم العقد، وعنى به أن يؤكد موجب العقد، أو تأكيد موجب الشيء يلائم ذلك الشيء، وذلك كالبيع بشرط أن يعطي المشتري كفيلا بالثمن، والكفيل معلوم بالإشارة، أو التسمية إن كان حاضرًا مجلس العقد، فقبل الكفالة، أو كان غائبًا من مجلس العقد، فحضر قبل أن يفترقا، وقبل الكفالة، جاز البيع استحسانًا، والكفالة إن لم تكن من مقتضيات البيع، إلا أنها تؤكد موجب العقد؛ لأن الكفالة وثيقة لجانب المطالبة، ولهذا اختص جواز الكفالة بالذمم، والمطالبة ترجب العقد، فما يؤكدها يكون ملائمًا للعقد، فلا يؤثر في فساد العقد.

١٢١٣٨ - وكذلك البيع بشرط أن يعطي المشتري بالثمن رهنًا، والرهن معلوم بالإشارة أو التسمية، جاز البيع استحسانًا، وإن لم يكن الرهن من مقتضيات العقد، إلا أن الرهن يؤكد موجب العقد؛ لأن الرهن شرع وثيقة ومؤكدًا لجانب الاستيفاء، ولهذا اختص جوازه بالأموال القابلة للاستيفاء، واستيفاء الثمن موجب العقد، فما يؤكده يلائم موجب العقد.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله تعالى" في شرحه: فرق محمد بين الكفيل وبين الرهن، فيشترط حضرة الكفيل مجلس البيع، وقبول الكفالة لجواز البيع، ولم يشترط حضرة الرهن لجواز البيع، وإنما شرط العلم به.

وفي "القدوري": شرط أن يكون الرهن معينًا، وهكذا شرط في "المنتقى"، وإن لم يكن الرهن معينًا، ولكن كان مسمى إن كان عرضًا، لم يجز البيع، وإن كان مكيلا، أو موزونًا موصوفًا، فهو جائز وإن لم يكن الرهن معينًا ولا مسمى، وإنما شرط أن يرهنه بالثمن رهنًا، فالبيع فاسد؛ لأن جهالة الرهن يوقعهما في منازعة مانعة من التسليم، والتسلم، فالمشتري

يعطيه رهناً، والبائع يطالبه برهن آخر.

١٦١٣٩- قال في "المنتقى": إذا تراضيا على تعيين الرهن في المجلس، ودفعه المشتري إليه قبل أن يتفرقا، أو يعجل المشتري الثمن، ويبطلان الأجل، فيجوز البيع استحساناً. وكذلك إذا لم يكن الكفيل معيناً، ولا مسمى، فالعقد فاسد؛ لأن جهالة الكفيل توقعهما في منازعة مانعة من التسليم والتسلم؛ لأن الناس يتفاوتون في قضاء الدين وملاءة الذمة.

وإن كان الكفيل حاضراً في مجلس العقد، وأبى أن يقبل الكفالة، أو لم يأب، ولكن لم يقبل حتى افترقا، أو أخذا في عمل آخر، فالبيع فاسد استحساناً، قبل بعد ذلك، أو لم يقبل.

وشرط الحوالة في هذا الباب نظير شرط الكفالة، يريد به إذا وقع البيع بشرط أن يحيل المشتري البائع على غريم من غرمائه، أما لو وقع البيع بشرط أن يحيل البائع على المشتري غريماً من غرمائه، فالعقد فاسد قياساً واستحساناً.

١٦١٤٠- وفي "المنتقى" رواية ابن سماعة: إذا كان الرهن معيناً في العقد بأن اشترى رجل من آخر داراً بألف درهم على أن يعطيه بالثمن عبده هذا رهناً، فلما قبض الدار امتنع عن تسليم الرهن لم يجبر عليه، ولكن يقال للمشتري: ادفعه، أو افسخ العقد، أو عجّل الثمن، قال ثمه: وهو قول محمد رحمه الله تعالى.

وفي "القدوري" يقول: ولكن يقال للمشتري: إما أن تدفع الرهن أو قيمته، أو تفسخ العقد. وهذا لأن الرهن من جانب الراهن محض تبرع؛ لأن الحق يبقى عليه بعد الرهن كما كان قبل الرهن، ولا إجبار على التبرعات، ولكن يجبر المشتري على نحو ما ذكرنا؛ لأن البائع ما رضي بزوال ملكه عن المبيع إلا بثمن مستوثق، فإذا فاتت الوثيقة، فات وصف مرغوب، فيثبت له حق الفسخ، إلا أن يفي المشتري بالشرط، أو يدفع القيمة على ما ذكره القدوري؛ لأن يد الاستيفاء للبائع إنما تثبت على المعنى، وهو القيمة، فالاستيفاء في باب الرهن يقع من معنى الرهن، لا من عينه.

قال في "المنتقى": وإن كان المشتري باع الدار أمرته أن يدفع العبد، أو يعجل الثمن؛ لأن بعد البيع تعذر فسخ البيع، فيخير بين دفع الرهن وتعجيل الثمن.

قال ثمه: وإن مات العبد أمر أن يدفع إليه رهناً يساوي قيمة العبد، أو يعجل الثمن، وإن كان العبد لم يمت، فقال المشتري: أعطيه رهناً آخر سوى العبد، فللبائع أن يمتنع عنه، وإن أراد المشتري أن يعطيه قيمة العبد دراهم أو دنانير، فليس للبائع أن يمتنع منه.

والمشروط له يطالب بحكم الشرط، والمشروط عليه يمتنع بحكم الشرع، فإن الشرع نهى عن بيع وشرط مطلقاً، إلا شرطاً يقتضيه العقد، أو يلائم موجب العقد، أو ورد الشرع بجوازه، أو كان متعارفاً، فصار مخصوصاً عن قضية النهي، وما وراءه داخلاً تحت النهي، فتقع المنازعة بينهما في إيفاء المشروط، وكل عقد يفضي إلى المنازعة يحكم بفساده، وأما إذا لم يكن المعقود عليه من أهل أن يستحق حقاً على الغير، فالشرط لا يفيد وجوب المشروط في حقه، فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة، وكان البيع حاصلاً من غير شرط معنى.

وإن كان شرط المنفعة جرى بين أحد المتعاقدين وبين أجنبي، بأن اشترى على أن يقرض البائع فلاناً الأجنبي كذا، وفى المشتري ذلك، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير في باب الزيادة في البيع من غير المشتري، أن العقد لا يفسد، وذكر القدوري رحمه الله تعالى، أن العقد يفسد، وصورة ما ذكر القدوري: إذا قال المشتري للبائع: على أن تقرضني، أو على أن تقرض فلاناً، ذكر أن العقد فاسد.

١٢٦٤٥ - وفي المنتقى: قال محمد رحمه الله تعالى: كل شيء يشترطه المشتري على البائع يفسد به البيع، فإذا شرط على أجنبي، فهو باطل، من ذلك: إذا اشترى من غيره دابة على أن يهب له فلان الأجنبي عشرين درهماً، فهو باطل، كما لو شرط على البائع أن يهب له عشرين درهماً، وكل شيء يشرط على البائع لا يفسد به البيع، فإذا شرط على أجنبي، فهو جائز، وهو بالخيار، من جملة ذلك: إذا اشترى من آخر عبداً بمائة على أن يحط فلان الأجنبي عشرة دراهم عنه، فالبيع جائز، وهو بالخيار، إن شاء أخذه بمائة، وإن شاء تركه.

وفي نوادر ابن سماعة: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى من آخر شيئاً على أن يهب البائع لابن المشتري أو لفلان الأجنبي من الثمن ديناراً، فالبيع فاسد.

وإن كان شرطاً لم يكن لأحد المتعاقدين، ولا للمعقود عليه منفعة، بل فيه لأحد المتعاقدين مضرة، بأن باع ثوباً بشرط أن لا يبيعه، ولا يهبه، ذكر في آخر المزارعة ما يدل على أن البيع جائز، وهو قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ومحمد، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن البيع فاسد، وهو قول أبي يوسف، وجه الجواز لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أن المشروط إن كان منفعة في حق أحد المتعاقدين، إنما يوجب فساد العقد لأن المشروط يطالب بحكم الشرط، والآخر يمتنع عن التسليم بحكم الشرع، فيتنازعان، ولا مطالبة في موضع الضرر، فصار وجود هذا الشرط والعدم بمنزلة.

١٢٦٤٦ - وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا اشترى من آخر دابة على أن لا يبيع ولا يهب، أو جملاً على أن لا يعلفه، فالبيع جائز.

وكذلك إذا قال على أن يبحره، وإن قال: على أن يبيعه من فلان، أو على أن لا يبيعه منه، فالبيع فاسد. وإن اشترى على أن يبيعه، أو يهبه، ولم يقل: من فلان، فالبيع جائز.

قال في "المنتقى": وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وإن اشترى على أن لا يبيع إلا بإذن فلان، أو اشترى دارًا على أن لا يهدمها، أو أن لا يبنيها إلا بإذن فلان، فالبيع فاسد.

وإن كان شرطًا ليس فيه منفعة ولا مضرة، نحو أن يبيع طعامًا بشرط أن يأكله، أو ثوبًا بشرط أن يلبسه، فالبيع جائز.

١٢١٤٧ - وإذا باع الجارية بشرط أن يطأها المشتري، أو بشرط أن لا يطأها، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه البيع فاسد في الوضعين، وقال محمد رحمه الله تعالى: البيع جائز في الوضعين، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن باعها بشرط أن يطأها، فالبيع جائز، وإن باع بشرط أن لا يطأها، فالبيع فاسد.

١٢١٤٨ - وإذا اشترى جارية بشرط أن لا يستخدمها، فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن البيع فاسد [وكذا عن أبي يوسف فيمن إذا اشترى طعامًا بشرط أن لا يأكله، ولا يطعمه، أن العقد فاسد].

١٢١٤٩ - المعلى[١] عن أبي يوسف: [فيما] إذا اشترى من آخر شيئًا على أن يعطي الثمن فلان، فالبيع جائز، سواء كان فلان حاضرًا أو غائبًا.

وذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في شرح كتاب المكاتب في الباب الثاني منه: أن من باع على أن يعطي ثمنه من مال فلان، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في جواز هذا البيع.

١٢١٥٠ - وفي "المنتقى": إذا قال لغيره: أبيعك هذا العبد بألف درهم لك على فلان قضاء مني لك عن فلان، فالبيع جائز، وهو متطوع عن فلان.

وروى عنه رواية أخرى: أنه لا يجوز ذلك البيع، ويحتاج إلى بيع جديد، وبه أخذ جماعة من مشايخنا، وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي، وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب البيوع في باب البيوع الفاسدة: أن شرط جواز البيع وهو القدرة على التسليم كان ثابتًا وقت البيع، فلا يجوز، وإن وجد من بعده، وصار كما لو باع خمرًا، فصار خلا في المجلس، وسلمه أو باع طيرًا في الهواء، أو سمكًا في الماء، أو وحشًا في الفضاء، ثم أخذه، وسلمه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من النسختين "ظ" و "م".

في المجلس، فإنه لا يجوز البيع، وطريقه ما قلنا.

ومن أخذ بهذه الرواية يقول: تأويل الرواية الأولى أنهما تراضيا عليها عند عود العبد، فينعقد بينهما بيع جديد بالتعاطي، أما أن يقال: بأن ذلك العقد يجوز فلا.

١٢١٥٠ - وإن جاء رجل إلى مولى الآبق، وقال: إن عبدك الآبق عندي قد أخذته، فبعه مني، فباعه جاز، ولو قال: عند فلان أخذه، فبعه مني، فباعه، لا يجوز، والفرق أن فساد بيع الآبق عرف بالأثر، والأثر ورد في الآبق المطلق، وهو الآبق في حق المتعاقدين، وفيما إذا قال الذي يريد شراءه: هو عندي، قد أخذته، فهو ليس بآبق في حق المشتري، فلا يكون آبقًا مطلقًا، وفيما إذا قال: هو عند فلان، فهو آبق في حق البائع والمشتري، فكان آبقًا مطلقًا؛ ولأن في الصورة الأولى أن العبد غير معجوز التسليم في حق المشتري، ولا كذلك في الفصل الثاني، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن بيع الآبق جائز، ذكر القدوري هذه الرواية مطلقة، وكان أبو الحسن الكرخي يقول: بيع الآبق فاسد، إلا أن يرضى المشتري أن يتعطل حتى يتمكن البائع من التسليم، وقاسه ببيع المرهون، والمستأجر.

وفي «المنتقى» رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله إذا باع الآبق، والمشتري يعلم بمكانه جاز، فإن باعه وقبضه، ثم اختلفا، فقال المشتري: لم أعلم مكانه حين بعتني، وقال البائع: لا، بل علمت، فالقول قول البائع، وهو الصحيح، وإن باعه، ولا يعلم أحدهما بمكانه، ثم يجيء.

١٢١٥٢ - وأما بيع أرض القطيعة جائز، وهي التي أقطعها الإمام قومًا، وخصهم بها؛ لأنهم ملكوها بالقطيعة، فيجوز بيعهم، وأما بيع أرض الإجارة والإكارة، فالإجارة هي الأرض الخراب، يأخذها إنسان بأمر صاحبها، فيعمرها، ويزرعها، والإكارة الأرض التي في يد الأكرة، فنقول: إذا باعها صاحبها جاز؛ لأنه مالك رقبتها، وإن باع الذي له إجارتها وإكارتها، لا يجوز البيع؛ لأن له العمارة لا غير، وإنه مال متقوم.

وإن باع الأرض وهي في عقد مزارعة الغير، قال شمس الأئمة الحلواني: المزارع أولى في مدته من أيهما كان البذر، فإن أجاز المزارع البيع، فلا أجر لعمله.

١٢١٥٣ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى: إذا باع الرجل عبدًا له من رجل بالدين الذي للمشتري على فلان، وهو ألف، ورضي به فلان، فهو جائز، وللبائع على الغريم الذي عليه الدين؛ لأنه لو قال لمولى العبد: بع عبدك فلانًا بماله علي من الدين، فهذا جائز، وللمولى العبد ألف درهم على الغريم، كأنه دفع عبده إلى الغريم بسبب ما للمطالب عليه من الدين.

١٢١٥٤- وفي "المنتقى": إذا قال الرجل لغيره: أشتري منك هذا بالمائة التي على فلان، فهو فاسد، وقال زفر: صحيح، وعليه مائة، خرجت من تلك المائة، أو لم تخرج.

وإن قال: أبيعك ثوبي بمائة لك على فلان على أن أبري فلان الغريم عما عليه لك، فهو جائز.

١٢١٥٥- وإذا قال الرجل لغيره: أبيعك هذه الجارية على أن تشتريها لنفسك، فالبيع فاسد، هكذا ذكر في "المنتقى"، وفي "البقالي": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى جوازه، بخلاف قوله على أن لا تشتري.

١٢١٥٦- وإذا اشترى عبداً، وشرط الخيار لنفسه شهراً على أنه إن عرضه على بيع، أو استخدمه، فهو على خياره، فالبيع فاسد.

وإذا كان لرجل على رجل ديناراً، واشترى منه ثوباً على أن لا يقاصيه، فالبيع فاسد.

١٢١٥٧- وإذا باع عبداً بشرط أن يعتقه المشتري، فالبيع فاسد في ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله تعالى حتى لو أعتقه المشتري قبل القبض، لا ينفذ عتقه، ولو قبضه، ثم أعتقه ينقلب البيع جائزاً استحساناً في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه حتى يلزمه الثمن، وعلى قولهما: لا ينقلب جائزاً حتى تلزمه القيمة.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى مثل قولهما، وجه قولهما أنهما شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد الشرع بجوازه، وإنه غير متعارف فيما بين الناس، وللمعقود عليه فيه منفعة، فيفسد العقد، كما لو باع بشرط أن يدبره المشتري أو يكاتبه، أو باع جارية بشرط أن يستولدها المشتري. وإنما قلنا: لا يقتضيه العقد؛ لأن البيع لا يوجب العتق على المشتري في غير القريب، ولا يلائمه؛ لأن في العتق إزالة ملك المشتري عن العبد، والبيع يوجب الملك، فما يزيله لا يكون ملائماً للبيع، ولم يرد الشرع بجوازه، وإنه ظاهر، وإنه غير متعارف؛ لأن الشراء بهذا الشرط لا يكثر وجوده، والمتعارف ما يكثر وجوده فيما بين الناس، كشراء النعل بشرط أن يحذوه البائع، وكالاستصناع، وفيه منفعة للمعقود عليه، وإنه ظاهر أيضاً، والتقريب ما مر.

ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الشراء بهذا الشرط متعارف من وجه من حيث إن الناس يبيعون المملوك بهذا الشرط، وغير متعارف من وجه من حيث إنه لا يكثر وجوده، فلكونه غير متعارف من وجه، أفسدناه في الابتداء، ولكونه متعارفاً من وجه، جعلناه جائزاً بعد العتق.

أو نقول : هذا الشرط إذا كان متعارفاً من وجه دون وجه، كان الفساد موجوداً من وجه دون وجه، فحكمنا بالفساد على سبيل التوقف، لا على سبيل الثبات، فإن استهلك بوجه آخر، يتقرر الفساد لكونه غير متعارف، ويلزمه القيمة، وإن أعتقه يتقرر الجواز لكونه متعارفاً، ويلزمه الثمن.

وجه آخر لأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن هذا الشرط يلائم البيع من وجه، ولا يلائمه من وجه من حيث إن فيه إزالة الملك لا يلائم البيع، ومن حيث إنه منهي الملك، ولا يقطع، وفي الإنهاء تقرير وإتمام يلائمه، ولهذا قلنا : إن المشتري إذا أعتق العبد، ثم اطلع على عيب به كان له الرجوع بنقصان العيب، كما لو مات حتف أنفه، فمن حيث إنه لا يلائم العقد، حكمنا بفساد العقد في الحال، ومن حيث إنه يلائم للعقد، حكمنا بجواز إذا أعتق، ويمكن أن يقال : إذا كان شرط العتق يلائم البيع من وجه، ولا يلائمه من وجه، حكمنا بفساد العقد على سبيل التوقف إلى آخر ما ذكرنا.

١٢١٥٨ - وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : أن المشتري إذا أعتق قبل القبض جاز، وهذا دليل على أن الفساد غير متقرر، ولو[1] كان متقرراً، لكان لا يثبت الملك للمشتري قبل القبض، وبدون الملك لا يصح إعتاقه، وهذا بخلاف شرط التدبير والاستيلاد والكتابة؛ لأن شرط الكتابة والتدبير والاستيلاد شرط لا يلائم العقد بوجه ما؛ لأن هذه التصرفات لا توجب إنهاء الملك؛ لأن إنهاء الملك إنما يتحقق إذا وقع الأمن عن الزوال عن تملك المشتري إلى ملك غيره، كما في العتق والموت، وبهذه التصرفات لا يقع الأمن عن زوال الملك بجواز أن يباع، فيقضي القاضي بجواز البيع في المدبر وأم الولد، ويجبر المكاتب ببيع نفسه، فإذا لم تكن هذه التصرفات منهية للملك لا محالة لم يكن ملائماً للعقد بوجه ما.

١٢١٥٩ - وفي «الأمالي» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى برواية بشر : رجل [باع][2] داراً على أن يتخذها مسجداً للمسلمين، فالبيع فاسد، قال : لأن المسجد يخرج عن ملك صاحبه، وكذلك لو باع منه طعاماً على أن يتصدق به.

وفي «المنتقى» : إذا اشترى جارية على أن يحسن إليها، أو على أن لا يسيء إليها، فالبيع جائز رواه عن الحسن.

١٢١٦٠ - وفي «النوازل» : إذا باع عبداً، وشرط أن يطعمه خبيصاً، لم يجز.

(١) في نسخة م : إذ لو كان، ولو

(٢) هكذا في النسخة م، وكان في الأصل و ظ : اشترى

وفي "المنتقى" أيضاً: رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إذا اشترى جارية على أن يكسوها القز، أو على أن يضربها، فالبيع فاسد.

١٢٦٦١ - إذا اشترى من آخر داراً على أن تسلم فلان البيع له، وعلم أن لفلان فيها شيء، أو لم يعلم، فالبيع فاسد. وقال الحسن: إن علم أن [له][1] فيها شيء، فإن سلم البيع جاز، وإلا كان بالخيار في حصة البائع. فإن شاء أجازه، وإن شاء أبطله.

وفي "المنتقى": إذا قال للمشتري: اشتر مني هذا الثوب بكذا، وأنت بريء، أو قال: على أنك بريء، فاشترى، فهو بريء.

١٢٦٦٢ - وفيه أيضاً: إذا اشترى من آخر عيناً بكذا على أنه يحط من ثمنه كذا، أو على أنه حط من ثمنه كذا، فالبيع جائز والحط جائز، ويكون البيع بما وراء المحطوط.

وقال ثمة: قوله: على أن يحط، مثل قوله: حططت، ألا ترى أنه لو قال لمديونه: صالحتك مما لي عليك على كذا على أن أحط لك كذا، فهذا حط جائز.

١٢٦٦٣ - ولو قال: بعتك هذا العبد بكذا على أني قد وهبت لك من ذلك كذا، فهو جائز، وهو حط.

وفي "فتاوى أبي الليث" رحمه الله تعالى: لو قال: على أني أهب لك من ثمنه كذا، لا يجوز، وذكر في "المنتقى": أنه يجوز.

١٢٦٦٤ - وفي "نوادر هشام": قال سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل قال لغيره: بعتك هذا الغلام بألف درهم على أني قد بعتك هذا الآخر بمائة دينار، فقال المشتري: قبلت البيع في ذلك، فالبيع جائز على الغلامين جميعاً.

١٢٦٦٥ - وعن محمد رحمه الله تعالى برواية هشام أيضاً: إذا قال: بعتك عبدي هذا [بألف درهم على أن أبيعك هذا الآخر بمائة دينار أو هذا بكذا. وإذا قال: بعتك هذا العبد بألف درهم][2]، وعلى أن تقرضني عشرة جاز البيع، ولا يعتبر قوله: "وعلى أن تقرضني" شرطاً؛ لأنه ذكر بحرف الواو، فكان معطوفاً على الأول، لا شرطاً. وبمثله لو قال: على أن تقرضني عشرة، يعتبر ذلك شرطاً حتى يفسد البيع، وهو نظير ما لو كان لرجل أرض بيضاء فيها نخيل، فقال: دفعت إليك النخيل معاملة على أن تزرع [الأرض البيضاء، فسدت المعاملة، واعتبر قوله: على أن تزرع][3] شرطاً للمزارعة في المعاملة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه الكلمة من النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من النسختين: "م" و"ظ".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "م" و"ظ".

١٢٢٦٦ - ولو قال: وعلى أن تزرع الأرض البيضاء، لا تفسد المزارعة، ولم يعتبر هذا شرطاً، ويعرف عن هاتين المسألتين كثير من المشايخ.

ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى هاتين المسألتين في شرح المبسوط في باب الصلح عن البيع.

١٢٢٦٧ - وإذا قال المشتري: زدتك في الثمن مئة على أن تبيعني بألف درهم، ففعل، جاز البيع، وكان البيع بألف ومئة، وكذلك إذا قال: أهب لك زيادة في الثمن.

١٢٢٦٨ - رجل قال لغيره: بع عبدك هذا من فلان على أن أحمل لك مائة درهم جعلاً على ذلك، فباعه من فلان بألف، ولم يكن في عقدة البيع شرط، فالبيع لازم، والجعل لا يلزم، وإن كان نقده، فله أن يرجع فيه من قبل أن الجعل ليس في الثمن.

ولو شرط ذلك في عقدة البيع، فالبيع فاسد، قال: وكذلك الهبة، هكذا ذكر المسألة في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى.

١٢٢٦٩ - وفي المنتقى أيضاً: إذا قال: جعلت لك مائة درهم على أن تبيعني عبدك هذا بألف درهم، ففعل، بطل البيع للشرط الذي فيه؛ لأن الجعل ليس من الثمن، وكذلك إذا قال: أحمل، وكذلك إذا قال: أهب لك، والمسألة بحالها، وكذلك لو قال: شرطت مائة درهم على أن تبيع من فلان بألف درهم، فقال: نعم، ثم تبايع هو وفلان، ولم يكن فيه شرط، لم يؤخذ الذي وعد من شيء.

١٢٢٧٠ - ولو باع من آخر ثوباً بعشرة دراهم صحاح أو رطوبة، فالبيع جائز.

١٢٢٧١ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى من آخر شيئاً على أن يأخذه من المشتري قبل أن ينقد المشتري الثمن، فالبيع فاسد.

١٢٢٧٢ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل قال لغيره: بعتك عبدي هذا بكذا على أن تعطيني عبدك هذا، أو قال: على أن تحمل لي عبدك هذا، فالبيع فاسد؛ لأن هذا مبادلة على الهبة، وهذا شرط [زيادة](١) في الهبة بيعاً، فوجب فساد البيع، إلا أن يقول: على أن تعطيني عبدك هذا زيادة، فيجوز، ويكون العبد زيادة في البيع.

١٢٢٧٣ - وإذا قال: أبيعك هذا العبد على أن تبيعه، وتعطيني ثمنه، فالبيع فاسد.

١٢٢٧٤ - وإذا قال: بعتك عبدي هذا بألف درهم، وعلى أن يخدمني سنة، أو قال: على أن تخدمني سنة، فهو باطل، وكذلك لو قال: بعت عبدي بثلاثمائة درهم، وبخدمتك

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتنا هذه الكلمة من النسخة: ظ.

١٢١٧٩ - ولو اشترى جارية على أنها حامل، فقد قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى: إن المشايخ اختلفوا في جواز هذا العقد، بعضهم قالوا: لا يجوز، كما لو اشترط الحمل في البهائم.

وهذا القائل مستدل بما ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب البيع: إذا باع جارية وتبرأ عن الحمل؛ يجوز، وإذا حكم بجواز البيع في الجارية إذا تبرأ من الحمل، فهذا دليل على أنه إذا شرط الحمل يفسد، وهذا لأن المشروط مما لا يوقف عليه وقت البيع، وقال بعضهم: البيع جائز.

قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى: وهذا القول أصح عندي من قبل أن الحبل في بنات آدم يعد نقصانًا لا زيادة؛ لأنه يوجب ضعفًا فيها، فاشتراط الحبل يكون تبرؤًا من العيب، ولا يكون اشتراطًا، كقولك: بعتك هذه الجارية على أنها عوراء، أو عرجاء، فتبرئ عن العيب كما تبرئ بلفظ البراءة، بيت ما شرط.

وعن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى: أن اشتراط الحمل إن كان من جهة البائع، فهو تبري من العيب، ولا يفسد العقد، وإن كان من جهة المشتري، فهو على الحقيقة، والمشروط على خطر العدم، فيفسد العقد.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: اشتراط الحمل في الجارية إن كان لأجل الزيادة، بأن كان يشتريها ليتخذها ظئرًا يفسد البيع، وإن كان لا يريد اتخاذها ظئرًا، فاشتراط الحمل على وجه التبري، فيكون البيع جائزًا [وقد ذكر هشام في نوادره عن محمد ما هو قريب من هذا، فإنه روى عنه أنه قال: البيع جائز](١) إلا أن يظهر المشتري أنه لا يشتريها للظؤورة، حينئذٍ لا يجوز البيع.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله تعالى: أن الجارية إن كانت مسنة فالبيع جائز؛ لأن الحبل فيها عيب، فاشتراط الحبل فيها تبري عن العيب فيجوز، وإن كانت شابة فربما تشتري لتتخذ ظئرًا، فالعقد فاسد؛ لأن الحمل في مثلها يعد زيادة [قال: إلا أن يكون الحبل عيبًا فيها أيضًا، فيجوز البيع فيها أيضًا](٢).

وإذا اشترى جارية على أنها تحيض، فوجدها لا تحيض [إن تصادقا على أنها لا تحيض](٣) بسبب الإياس كان له الرد؛ لأنه اشتراطها للحمل، والآيسة لا تحبل

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: ظ، م.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة: م.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة: م.

ولو اشترى جارية على أن البائع لم يكن يطؤها، ثم ظهر أنه قد كان وطئها، وليس له أن يردها.

١٢١٨٠ - وإذا باع جارية على أنها مغنية، أو باع قمريًا، أو غيره، وشرط أن يصيح، أو طيرًا شرط أن يجيء من المواضع البعيدة، أو كبشًا نطاحًا، أو ديكًا مقاتلًا، فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وإحدى الروايتين عن محمد رحمه الله تعالى؛ لأن هذه جهات محظورة لكونها جهات لهو، فاشتراطها في البيع يوجب فساد البيع، ولأن صياح القمري، وقتال الديك، وأشباه ذلك عسى لا يوجد، والإجبار عليه غير ممكن، فكان المشروط شيئًا لا يقدر على تسليمه، فيوجب فساد البيع.

١٢١٨١ - وروي عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا باع قمريًا على أنها تصوت، فصوتت جاز؛ لأن هذه خلقة فيها، فيمكن تسليم المشروط، ولهذا قال على هذه الرواية في المحرم إذا قتل القمرية المصوتة: أنه يضمن قيمتها مصوتة، بخلاف ما لو قتل صيدًا يجيء من المواضع البعيدة، فإن هناك لا يعتبر قيمة الصفة في الضمان؛ لأن ذلك ليس بخلقة [هكذا] ذكره القدوري.

وذكر في «المنتقى» عن محمد رحمه الله تعالى: إذا باع فاختة، أو قمرية على أنها تصوت، ولم يذكر «تصوتت»، فأجاب بالجواز.

وذكر في «المنتقى»: عن محمد رحمه الله [فيما إذا](1) اشترى حمامة يجيء من الصالحين، أن شرطًا يضمنه قيمة حمامة يجيء من الصالحين، وإن أضمنه من ذلك، ولا أجوزه في البيع.

١٢١٨٢ - وإذا باع كلبًا على أنه يصيد، أو باع بازيًا على أنه يصيد، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: البيع جائز، وعن محمد رحمه الله تعالى روايتان.

وإذا باع جارية على أنها مغنية على وجه التبري من العيب، فهو جائز؛ لأن كونها مغنية عيب، والتبري عن العيب في البيع لا يفسد البيع.

١٢١٨٣ - وفي «الأصل»: إذا باع كبشًا على أنه نطوح، أو حمامة على أنها دورة، لا يجوز إلا أن يبين ذلك على وجه العيب، فعلى هذا في الكبش النطاح، والديك المقاتل، إذا ذكر الصفة على وجه العيب، يجوز البيع.

وذكر في «المنتقى» عن محمد رحمه الله تعالى: إذا باع جارية على أنها مغنية، أن البيع جائز، ولم يشترط بيان ذلك على وجه العيب، قال ثمة: ولا أرد البيع إن كانت تغني، أو

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من النسخة: ظ.

لا تنفي؛ لأن هذا عيب تبرأ منه.

١٢٦٨٤- قال محمد رحمه الله تعالى في "الزيادات": وإذا اشترى الرجل من آخر عبداً على أنه كاتب، أو خباز، فالبيع جائز، فإن قبضه المشتري، فوجده كاتباً، أو خبازاً على أدنى ما يطلق عليه الاسم، لا يكون له حق الرد لوجود المشروط، فإن المستحق بمطلق الشرط أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية، كما في صفة السلامة المستحقة بمطلق العقد أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية في الجودة، كذا ههنا، وقوله أدنى ما ينطلق عليه الاسم، الكتابة، والخبز، معناه أن يفعل من ذلك أدنى ما يسمى الفاعل خبازاً، أو كاتباً، وهذا لأن كل واحد في العادة لا يعجز من أن يكتب على وجه يستبين حروفه، وأن يخبز بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه، وبذلك لا يسمى كاتباً وخبازاً، فشرط الإتيان بأدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز باعتباره؛ لهذا قال: وإن وجده لا يحسن الكتابة والخبز، ومعناه: أنه لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمى الفاعل به كاتباً، أو خبازاً، كان للمشتري الرد، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب، رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن، فيقوّم العبد كاتباً، أو خبازاً، على أدنى ما ينطلق عليه الاسم إذ هو المستحق بالشرط، ويقوّم غير كاتب وخباز، فينظر إلى تفاوت ما بين ذلك، فإن كان مثل العشر يرجع على البائع بعشر الثمن، كما في خيار العيب وإن كان التفاوت مثلاً الخمس يرجع على البائع بخمس الثمن، وسيأتي الكلام فيه في مسائل العيب - إن شاء الله تعالى -.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنه ليس للمشتري أن يرجع على البائع ههنا بشيء؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري إنما كان بالشرط، لا بالعقد، وتعذر الرد في خيار الشرط للمشتري لا يوجب الرجوع للمشتري على البائع بشيء، ولكن ما ذكر في "ظاهر الرواية": أصح؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري ههنا ما كان بحكم الشرط، وليس أثر الشرط في إثبات الخيار للمشتري، بل أثره في صيرورة المشروط مستحقاً بالعقد، ثم ثبوت الخيار لعجز البائع عن تسليم ما صار مستحقاً للمشتري بالعقد، فصار كعجز البائع عن تسليم صفة السلامة، فإن وقع الاختلاف بين المشتري وبين البائع في هذه الصورة بعد ما مضى حين من وقت البيع، فقال المشتري: لم أجده كاتباً ولا خبازاً، وقال البائع: إني سلمته إليك كاتباً أو خبازاً، ولكنه نسي عندك، وقد ينسى في مثل تلك المدة، فالقول قول المشتري، هكذا ذكر المسألة في "بيوع الجامع"؛ لأن الاختلاف وقع في وصف عارض؛ لأن الأصل عدم الكتابة والخبز، فيكون القول قول المنكر لهذا الوصف، وهو المشتري.

قال في "الجامع" أيضاً: وكذلك لو قال البائع: هو الساعة كما شرطت، وقال العبد: أنا كذلك إلا أني لا أفعل، كان القول قول المشتري، ولا يعتبر قول العبد، إما لأنه لا شهادة له، أو لأنه شهادة فردت.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن المشتري إذا زعم أن العبد ليس بخباز، فهي أمثال العبد، فإن قال: لست بخباز رده.

١٢٤٨٥ – وإذا اشترى جارية بغير شرط طبخ ولا خبز، وهي تحسن ذلك، فنسيت في يد البائع ردها؛ لأن الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة، وصار الاستحقاق بحكم الموجود، كالاستحقاق بحكم الشرط.

١٢٤٨٦ – في "القدوري": وكذلك إذا اشترى جارية على أنها بكر، فإذا هي غير بكر، عرف ذلك بإقرار البائع، كان للمشتري الخيار، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب، رجع المشتري على البائع بحصة البكارة من الثمن، فتقوم وهي بكر، وتقوم وهي غير بكر، فيرجع بفضل ما بينهما، ولكن(١) من الثمن. ولو شرط الثيابة، فوجدها بكراً، فهي له، ولا خيار للبائع.

في "القدوري": وإن وقع الاختلاف بين البائع والمشتري [في البكارة] وكان الاختلاف بعد قبض المشتري الجارية، فقال المشتري: لم أجدها بكراً، وقال البائع: كانت بكراً، لكن ذهبت البكارة عندك، كان القول قول البائع مع يمينه؛ لأن البكارة صفة أصلية في النساء، وكان المدعي لوجودها وقت التسليم وهو البائع متمسكاً بالأصل، ولكن يحلف البائع البتة بالله لقد باعها وقبضها المشتري، وإنها لبكر. وليس المراد من قول المشتري: لم أجدها بكراً لامتحان بالوطء، فإن الوطء مانع من الرد بالعيب، ولكن معناه أني علمت أنها ليست ببكر بخبرها، أو بخبر غيرها.

وهذا إذا وقع الاختلاف بعد قبض الجارية، فأما إذا وقع الاختلاف قبل قبض المشتري الجارية، فقال المشتري: هي ليست ببكر، وقال البائع: هي بكر، فالقاضي يريها النساء، بخلاف الوجه الأول؛ لأن هناك اتفقا على عدم البكارة وقت الخصومة، إنما اختلفا فيما مضى، ورؤية النساء للحال لا يفيد العلم بما مضى، أما هنا اختلفا في قيام البكارة للحال، ورؤية النساء في الحال يفيد العلم في الحال، فإن قلن: هي بكر، ذكر في "الجامع" أنها تلزم المشتري من غير يمين البائع؛ لأن شهادة النساء هنا تأيدت بمؤيد، فإن البكارة أصل في بنات

---

(١) وفي النسخة م: ذلك مكان ولكن.

أدى، وشهادة النساء متى تأيدت تؤيد، صارت كشهادة النساء مع الرجال [على البكارة] [1].
ولو قامت شهادة النساء مع الرجال على البكارة، فردت الجارية على المشتري من غير يمين البائع كذا هاهنا.

١٦١٨٧ - ونظير هذا ما قال في كتاب الاستحسان: أن امرأة العنين إذا ادعت أنها بكر بعد مضي المدة، وادعى الزوج الوصول إليها، فالقاضي يريها النساء، فإن قلن: هي بكر، تخير من غير يمين الزوج، فقد أثبت الفرقة بشهادتهن من غير يمين الزوج لما تأيدت شهادتهن بمؤيد، فهاهنا كذلك، فإن قلن: إنها ثيب لست ببكر، يلزم المشتري مع يمين البائع بالله أنها لبكر، ولا ينقض البيع؛ لأن جعلنا في الابتداء القول للبائع، فلو ردت الجارية عليه، إنما ترد بشهادة النساء بانفرادهن، وشهادة النساء بانفرادهن إذا لم تتأيد بمؤيد غير معتبرة لبناء الأحكام عليها.
وهذا على أصل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ظاهر؛ لأن عنده شهادة النساء حجة ضرورية، وليس من ضرورة الثيابة الرد، لجواز أنها كانت ثيبًا وقت البيع، وعلم المشتري بذلك، ورضي به، فلم تثبت الثيابة بشهادتهن في حق الرد، فأما على قولهما: فشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة مطلقة، فينبغي أن يثبت الثيابة بشهادتهن في حق الفسخ.
[وقد روي عن محمد في "النوادر" في هذا الفصل: أنه يثبت الثيابة بشهادتهن في حق الفسخ] [2] على قياس قولهما، فعلى هذا يحمل ما ذكر هاهنا على أنه قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، [وفائدة شهادة النساء هاهنا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى] [3] توجه اليمين على البائع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فإن قبل شهادتهن كان لا يتوجه اليمين على البائع، والآن يتوجه، والوجه في ذلك أن دعوى المشتري قبل شهادة النساء على البائع لم يعتبر في حق توجه اليمين [على البائع] عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه عارض دعوى المشتري ما يبطله، وهو كون البكارة أصلًا في بنات آدم، وقد بطل [اعتبار] هذا الأصل بمعارضة شهادة النساء، بقي دعوى المشتري معتبرًا في حق توجه اليمين على البائع، فإن نكل البائع، ردت الجارية عليه، وإن حلف انقطعت الخصومة، ولزم المشتري [الجارية] أما قبل شهادة النساء، لم يبطل كون البكارة أصلًا، فبقيت المعارضة بينها وبين دعوى المشتري، فلا يعتبر دعوى المشتري في

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذا من النسخ الأخرى.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذه العبارة من النسخ التي عندنا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذه الزيادة من النسخ التي عندنا جميعًا.

حق توجه اليمين على البائع، فإن لم يكن بحضرة القاضي من النساء من يثق بقولها، ألزمت الجارية المشتري من غير يمين البائع، لما ذكرنا أن دعوى المشتري من غير شهادة النساء غير معتبر في حق توجه اليمين على البائع.

ولو كان المشتري اشترى عبداً على أنه كاتب، أو خباز، فلم يقبضه المشتري حتى قال: ليس هذا كما شرطت، لا يجبر على قبضه.

١٢١٨٨ - ولو اشترى جارية على أنها بكر، فقال المشتري قبل القبض: ليس هذا كما شرطت لي، يجبر على قبضها؛ لأن في الفصل الأول القول قول المشتري، فلا يفيد الجبر على القبض، وفي الفصل الثاني القول قول البائع، فيفيد جبر على القبض.

١٢١٨٩ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الزيادات»: وإذا اشترى قوصرة تمر على أنه فارسي، فإذا هو دقل، حتى ثبت له حق الرد، أو امتنع الرد بسبب من الأسباب، يقوم فارسياً على أدنى ما يطلق عليه الاسم، ويقوم دقلاً على حاله، ويرجع بفضل ما بينهما. وكذلك من التمر، وكذا إذا اشترى قوصرة تمر فارسي على أنه جيد، فإذا هو رديء، وقد امتنع الرد بسبب من الأسباب، يقوم فارسياً جيداً على أدنى ما يطلق عليه الاسم، ويقوم رديئاً كما هو، فيرجع بفضل ما بينهما.

١٢١٩٠ - وإذا اشترى أرضاً على أن خراجها على البائع أبداً، فهذا على وجهين: إما إن شرط جميع الخراج على البائع، وفي هذا الوجه، البيع فاسد؛ لأنه شرط شرطاً لا يقتضيه العقد؛ لأنه شرط قضاء دين المشتري، والعقد لا يقتضيه، ولا يلائمه، وإنه غير متعارف، وللمشتري فيه منفعة، فيوجب فساد العقد.

[وإما إن شرط بعض الخراج على البائع](١)، وإنه على وجهين أيضاً: إن كان المشروط على البائع ما هو من أصل الخراج، فالعقد فاسد لما قلنا.

وإن كان المشروط على البائع ما هو زائد على أصل الخراج، فالبيع جائز؛ لأنه شرط في البيع أن لا يجب بعض الظلم على المشتري، وهذا ثابت بدون الشرط.

١٢١٩١ - وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا اشترى ضيعة مع خراج درهم، وخراجها ثلاثة دراهم، وإن كان المشتري عالماً بأن خراجها ثلاثة دراهم، فالعقد فاسد؛ لأن هذا بيع بشرط أن يجب بعض الخراج على البائع، وهذا شرط فاسد كما مر، وإن لم يعلم المشتري

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ التي عندنا

١٢١٩٤ – [وإن باع أرضًا، وقال: إن خراجها كذا، ثم ظهرت الزيادة، فالبيع جائز، وهل يكون له الرد إذا ظهرت، إن كانت الزيادة شيئًا يعدها الناس عيبًا، فله الرد][1]

١٢١٩٥ - إذا اشترى أرضًا أو دارًا بعشرة على أنها حرة عن النوائب، فإذا يطالب المشتري بالنوائب، فله أن يردها على البائع، إن كان حيًا، وعلى ورثته، إن كان ميتًا، وكذلك إذا اشتراها على أن خراجها نصف دانق، فإذا هو أكثر، فله أن يردها، ثم هذا البيع جائز، بخلاف ما إذا اشترى الأرض على أنه لا خراج عليها، أو على أن خراجها درهم، فإذا هو أكثر، فالعقد فاسد؛ لأن الخراج حق، وهو دين كسائر الديون، فقد شرط المشتري على البائع قضاء دين المشتري، وأما النوائب والجبايات، فالمشتري شرط في العقد أن لا يتحمل الظلم، وهذا ثابت بدون الشرط.

١٢١٩٦ – وإذا باع أرضًا على أنها محظورة عن القانون، أو على أنها محمية عن الخراج، أو على أن لا يؤخذ منها الخراج[2]، فالعقد فاسد، كما إذا باع على أن لا يغصبها غاصب.

١٢١٩٧ – إذا باع من آخر حانوتًا على أن غلتها عشرون، فإذا هي خمسة عشر، فإن أراد بذلك أنها [كانت تغل فيما مضى كذا، فهذا شرط لا ينتفع به أحد، فلا يفسد به العقد، وإن أراد بذلك أنها][3] تغل في المستقبل عشرين، وجعل ذلك شرطًا في العقد، فالعقد فاسد؛ لأن هذا شرط شيء هو منتفع، وفي وجوده غرر، وإن أطلق، ولم يفسر، ولم يرد به شيئًا، فالعقد فاسد، وهو محمول على المستقبل؛ لأن مراد الناس من هذا في عرفهم، وعاداتهم المستقبل، فيحمل عليه.

١٢١٩٨ – وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا اشترى من آخر مسكنًا له في حانوت رجل مركبًا بمال معلوم، وقد آجره بائع المسكن، إن آجره هذا الحانوت سنة، فإذا ظهر أن أجرته عشرة ليس له أن يرد على البائع، وإن لم يسلم له شرطه؛ لأنه إذا لم يسلم له شرطه في غير المشتري، قال: وللمالك أن يكلف المشتري رفع المسكن، وإن كان على المشتري ضرر؛ لأنه شغل ملكه.

١٢١٩٩ – قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل: إذا اشترى الرجل من آخر طعامًا

---

(١) هكذا في م.

(٢) وفي م: الجباية بدلا من الخراج.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بطعام، أو بغيره مما يكال أو يوزن، وشرط عليه أن يوفيه إياه في منزله، أو شرط عليه أن يحمله إلى منزله. فهذا على وجهين: إما إن اشتراه في المصر، أو خارج المصر، وقد اشتراه بمثله من جنسه، أو بخلاف جنسه، ففيما إذا شرط عليه الحمل إلى منزله: فإن البيع يفسد إن اشتراه في المصر، أو خارج المصر، اشتراه بجنسه، أو بخلاف جنسه؛ لأنه شرط في البيع ما لا يقتضيه البيع؛ لأن حمل البائع المبيع إلى منزل المشتري ليس من قضايا البيع، ألا ترى أن بدون الشرط، لا يجب على البائع الحمل إلى منزل المشتري، وإنما يجب عليه التسليم في مكان العقد إن كان المبيع فيه، فهو معنى قولنا: إنه شرط ما لا يقتضيه العقد، وللمشتري فيه منفعة، ومثل هذا الشرط يوجب فساد البيع.

وإن شرط الإيفاء في منزله، إن اشتراه خارج المصر، ومنزله في المصر، فالعقد فاسد؛ سواء اشتراه بجنسه، أو بخلاف جنسه؛ لأنه شرط في البيع ما لا يقتضيه البيع؛ لأن البيع يقتضي التسليم في مكان البيع، إذا كان المبيع فيه، ومتى كان العقد خارج المصر، لا يكون منزله في المصر مكان العقد في حق الإيفاء، لا حقيقة، وهذا ظاهر، ولا حكماً؛ لأن خارج [المصر] مع المصر لم يجعل كمكان واحد في حق الإيفاء شرعاً، ألا ترى أن في باب السلم لو شرطا الإيفاء في المصر، فأراد المسلم إليه أن يسلم خارج المصر، ليس له ذلك، ولا يجبر رب السلم على القبول.

فأما إذا اشتراه في المصر، وشرط الإيفاء في منزله، ومنزله في المصر، إن كان اشتراه بجنسه بأن اشترى حنطة بحنطة، فإن العقد فاسد؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل والفضل ربا»[1]، فقد جعل الفضل على المماثلة من حيث الكيل ربا بلا فصل بين فضل وفضل، فهو على الكل، وقد شرط المشتري فضلاً لنفسه، وهو الإيفاء في منزله.

فأما إذا اشتراه في المصر بخلاف جنسه، وشرط الإيفاء في منزله، ومنزله في المصر، فالقياس أن يكون البيع فاسداً، وبالقياس أخذ محمد رحمه الله تعالى، وفي الاستحسان: البيع جائز، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى، وجه القياس في ذلك أنه شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، فيفسد العقد، كما لو اشتراه خارج المصر، أو اشتراه في المصر بجنسه، أو شرط الحمل إلى منزله.

وجه الاستحسان: أن العقد حقيقة يقتضي تسليم المبيع في مكان البيع، إذا كان المبيع فيه، ومنزل المشتري ليس مكان العقد حقيقة، وهذا ظاهر، وكذلك حكماً؛ لأن خارج المصر مع المصر لم

---

(١) تقدم تخريجه.

يجعل في حكم مكان واحد في حق الإيفاء شرعًا، ألا ترى أن في باب السلم لو شرط الإيفاء في [منزل رب السلم، فأراد المسلم إليه أن يسلم خارج المنزل، ليس له ذلك، فكان اشتراط الإيفاء في][1] منزله اشتراط الإيفاء في غير مكان العقد، والعقد لا يقتضي ذلك. وجه الاستحسان أنه شرط في البيع ما يقتضيه البيع؛ لأنه شرط الإيفاء في مكان البيع، والمصر مع اختلاف أماكنها جعل كمكان واحد في حق الإيفاء، أصله مسألة السلم، فإن في باب السلم إذا شرطا الإيفاء في المصر جاز، وإن لم يبين محله في المصر، وهذا يبين لك أن المصر كله جعل كمكان واحد في حق الإيفاء، وإذا صار هكذا، صار منزله بمنزلة مكان العقد حكمًا في حق الإيفاء، واشتراط الإيفاء في مكان العقد مما يقتضيه العقد.

وأما إذا شرط الحمل إلى منزله، فهناك شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن العقد لا يوجب الحمل إلى منزل المشتري.

وأما إذا اشترى خارج المصر، قلنا: هناك شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأنه [شرط الإيفاء في غير مكان العقد على ما مر، وأما إذا اشتراه بجنسه، قلنا: هناك شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن][2] منزله ليس مكان العقد في حق الإيفاء متى حصل الشراء بجنسه، وهذا لأن منزله مكان العقد في حق الإيفاء حكمًا لا حقيقة؛ لأن العقد لم يوجد في منزله حقيقة. فاعتبرناه مكان العقد في حق الإيفاء متى حصل الشراء بخلاف الجنس عملًا بالحكم، ولا نعتبره مكان العقد في حق الإيفاء متى حصل الشراء بالجنس عملًا بالحقيقة، وإنما فعلنا هكذا؛ لأنا لو عملنا بالحقيقة متى حصل الشراء بالجنس، ونفينا الربا، يلزمنا العمل بالحقيقة متى حصل الشراء بخلاف الجنس؛ لأن اختلاف الجنس أنفى للربا من اتفاق الجنس، فحينئذ يتعطل العمل بالشبهين، فعملنا على الوجه الذي قلنا، ليمكننا العمل بالشبهين.

١٢٢٠٠ - وفي «الزيادات»: إذا اشترى وقر حطب في المصر، فعلى البائع أن يأتي به إلى منزل المشتري، ولو هلك في الطريق، يهلك من مال البائع، وإنما يجب على البائع ذلك؛ لأن الإتيان به إلى منزل المشتري مشروط عرفًا، ولكن يجعل المشتري شارطًا الإيفاء في منزله، لا شارطًا الحمل؛ لأن شرط الحمل يفسد العقد، وشرط الإيفاء لا يفسد العقد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه الزيادة من النسختين ظ، م.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه الزيادة من جميع النسخ التي عندنا.

وفي "فتاوى أبي الليث": أن التفاوت بين لفظة الحمل والإيفاء في العربية، فأما في الفارسية، فلا تفاوت، ففي كل موضع جاز شرط الإيفاء في العربية، يجوز شرطها بالفارسية.

١٢٢٠١- ولو اشترى حطبًا في قرية من رجل شراءً صحيحًا، وقال: موصولا بالشراء من غير شرط في الشراء احمله إلى منزلي، لا يفسد العقد؛ لأن هذا ليس بشرط في البيع، بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع، فلا يوجب فساد العقد.

[وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر: إذا اشترى حطبًا على ظهر الدابة، وشرط على البائع تسليمه عند بيت المشتري، فالبيع جائز، وإن اشتراه على الأرض، وشرط حمله إلى منزله لا يجوز][1].

١٢٢٠٢- في "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى خفًا به خرق على أن يخرزه البائع جاز؛ لأنه عمل الناس، وكذلك إذا اشترى من خلقاني ثوبًا، وبه خرق على أن يخيطه، ويجعل عليه الرقعة؛ لما ذكرنا.

١٢٢٠٣- وإذا اشترى من كرباسي كرباسًا على أن يقطعه قميصًا، ويخيطه، لا يجوز؛ لأنه لاتعامل في هذا، وإذا اشترى دارًا، وشرط مع الدار الفناء، ذكر في "الواقعات": أن البيع فاسد؛ لأن الفناء لا يصير مملوكًا للمشتري، فكان هذا شرطًا فاسدًا في بيع الدار.

١٢٢٠٤- وفي بيوع "المنتقى": إذا باع الرجل دارًا، وكتب بحقوقها وفنائها، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: العقد فاسد، قال ابن سماعة: قال محمد رحمه الله تعالى: وأظنه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن البيع جائز، وقال: وليس هذا عندنا على معنى التمليك منه الفناء، وقد علم أن الفناء لا يبيعه الرجل من داره.

نوع آخر في شرط الأجل:

١٢٢٠٥- إذا شرط الأجل في بيع العين، فسد العقد، وإن شرط الأجل في الثمن، والثمن دين، فإن كان الأجل معلومًا، فالبيع جائز، وإن كان الأجل مجهولا، فالبيع فاسد، وهذا لأن القياس أن يكون الأجل مفسدًا للعقد في مواضع أجمع؛ لكونه مغيرًا مقتضى العقد، وإنما جوزناه تيسيرًا للأمر على الناس، وتخفيفا عليهم ليكتسب من له[2] الأجل ما عليه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) وفي "ف": من ماله مكان من له.

دخول وقت الحصاد والدياس، انقلب العقد جائزاً استحساناً عند علمائنا الثلاثة، خلافاً لزفر والشافعي؛ وعلى هذا الاختلاف إذا باع بشرط الخيار إلى الأبد حتى فسد العقد بلا خلاف، ثم إن من له الخيار أسقط الخيار قبل مضي الثلاثة، ينقلب العقد جائزاً عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما في أي وقت أسقط الخيار، ينقلب العقد جائزاً، وعلى هذا إذا باع بشرط الخيار أربعة أيام، حتى فسد العقد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ثم إن من له الخيار أسقط الخيار قبل مضي الثلاث، ينقلب العقد جائزاً.

واختلفت عبارة المشايخ في جنس هذه المسائل، فعبارة أهل العراق أن العقد فاسد، ويرتفع الفساد بحذف الشرط، ويرتفع الفساد، وعبارة أهل خراسان أن العقد موقوف، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع في مسألة الخيار، أو دخل وقت الحصاد في بعض البلدان، يفسد.

وذكر أبو الحسن الكرخي نصاً عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في مسألة الخيار[١] أن البيع موقوف على إجازة المشتري في المدة، وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة، ومعنى هذا أن الخيار للمشتري، فيكون ولاية الإلزام له، ولكنه لما كان العقد موقوفاً، يتمكن البائع من الفسخ، لأن كل واحد من المتعاقدين متمكن من فسخ العقد الموقوف، وأجمعوا أنه إذا باع بألف ورطل من خمر، أو باع إلى أن يهب الريح، أو إلى أن تمطر السماء، ثم إن من له الخمر، ومن له الأجل أسقط الخمر والأجل، لا ينقلب العقد جائزاً، هذا هو المذكور في عامة النسخ.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه في باب البيوع: إذا كان فيها شرط أنه إذا باع بألف ورطل من خمر، ثم اتفقا على إسقاط الخمر، أن العقد ينقلب جائزاً، ولكن لا ينفرد أحدهما بالإسقاط، بل يشترط اتفاقهما على الإسقاط، وفي البيع إلى أجل مجهول ينفرد من له الأجل بالإسقاط.

١٢٢٠٧- ومن جملة الآجال المجهولة أن يبيع إلى النيروز والمهرجان، وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى مسألة النيروز والمهرجان في «الجامع الصغير»، وأجاب بالفساد مطلقاً، وذكر في «الأصل» وقال: إن كان لا يعرف بأن كان يتقدم ويتأخر، لا يجوز كما في الحصاد والدياس، وإن كان معروفاً بالأيام بحيث لا تقدم ولا تأخر، يجوز.

وقد ذكر الكرخي في كتابه قريباً مما ذكر في «الأصل»، وإنما قيد الجواب بالفساد في إذا كان المتعاقدان لا يعرفان وقته، أو جهله أحدهما، والصحيح من الجواب في هذه المسألة أنهما إذا لم يبينا نيروز المجوس، أو نيروز السلطان؛ فالعقد فاسد، وإذا بينا أحدهما، وكانا يعرفان

(١) وفي النسخة م: عن أبي حنيفة رحمه الله، وفي بعض النسخ: في مسألة الخيار.

وقته، لا يفسد العقد، والبيع إلى الميلاد فاسد، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب، فإن كان المراد منه ميلاد النتاج، فالجواب على ما أطلق في الكتاب؛ لأنه مما يتقدم ويتأخر، وإن كان المراد منه ميلاد عيسى عليه الصلاة والسلام، فما ذكر من الجواب محمول على ما إذا لم يعرف وقته.

١٢٢٠٨ - وإذا باع من آخر شيئاً بألف درهم، وهما ببخارى على أن يوفيه الثمن بسمرقند مثلاً، لا يجوز، ولو باعه بألف درهم إلى شهر على أن يوفيه الثمن بسمرقند، يجوز، سواء كان الثمن شيئاً له حمل ومؤنة، أو كان شيئاً لا حمل له ولا مؤنة.

١٢٢٠٩ - ولو استقرض من آخر ألف درهم ببخارى على أن يوفيه مثلها بسمرقند، أو استقرض من آخر ألف درهم ببخارى إلى شهر على أن يوفيه مثلها بسمرقند، لا يجوز، فقد فرق بين الاستقراض وبين البيع، فيما إذا شرط مع بيان مكان الإيفاء أجلاً معلوماً. والفرق أن الأجل في القرض لا صحة له معلوماً كان الأجل أو مجهولاً، فصار ذكر الأجل وعدمه بمنزلة، ولو لم يشترط الأجل في القرض، وشرط أن يوفيه بسمرقند، لا يجوز؛ لأنه قرض جر منفعة.

وفي باب البيع الأجل المعلوم صحيح، وبيان مكان الإيفاء مع الأجل لا يفسد العقد لفقه أنه إذا ذكر أجلاً معلوماً مع بيان مكان الإيفاء، لا يكون شرط الإيفاء في ذلك المكان على وجه التأجيل، وإنما يكون لتخصيص القبض بذلك المكان. فلا يفسد العقد، وأما إذا لم يذكر مع بيان مكان الإيفاء أجلاً معلوماً، كان ذكر بيان مكان الإيفاء على وجه التأجيل، وأنه يفسد العقد؛ لأنه أجل مجهول؛ لأنه لا يدرى في أي قدر من المدة يأتي سمرقند، فيكون أجلاً مجهولاً، ثم إذا صح العقد مع الأجل المعلوم، وحل الأجل، فإن كان الثمن شيئاً له حمل ومؤنة، لا يطالبه إلا في مكان الإيفاء باتفاق الروايات، وإن كان الثمن شيئاً ليس له حمل، ولا مؤنة، فعلى ما أشار إليه في بيوع الأصل، وهو رواية الطحاوي عن أصحابنا رحمهم الله تعالى. لا يطالبه إلا في مكان الإيفاء، وعلى رواية كتاب الإجارات وكتاب الصرف، يطالبه في أي مكان شاء، ويلغو شرط الإيفاء في ذلك المكان؛ لأنه إنما يراعى من الشرائط ما يفيد، لا ما لا يفيد، ولا يفيد تعيين مكان الإيفاء إذا لم يكن له حمل ومؤنة.

فإن قيل: على رواية كتاب الإجارات وكتاب الصرف، إذا لغا هذا الشرط، إذا لم يكن للثمن حمل ومؤنة، ينبغي أن يصح البيع إذا لم يشترط مع بيان مكان الإيفاء أجلاً معلوماً، قلنا: تحت هذا الشرط شيئان: تأخير المطالبة إلى أن يأتي سمرقند، وتعيين مكان الإيفاء،

وتعيين سمرقند مكاناً للإيفاء، لا يجد فيما ليس له حمل ومؤنة، فيلغو هذا الشرط في تعيين سمرقند مكاناً للإيفاء؛ لأنه لا يفيد، إذا لم يكن له حمل ومؤنة، وأما في أن تأخر المطالبة إلى أن يأتي سمرقند مفيد؛ فإن من عليه ينتفع به، فيعتبر هذا الشرط في حق تأخير المطالبة إن لم تعتبر في حق تعيين مكان الإيفاء.

وفي «القدوري»: إذا لم يذكر في الثمن أجلاً، فسد العقد في قول محمد رحمه الله تعالى، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى: أن القياس أن يجوز العقد؛ لأن هذا الكلام عادة يذكر لتخصيص القبض بمكان لا للتأجيل، فإذا أمكن الحمل على وجه الصحة، لا يحمل على وجه الفساد، لكنه استحسن فيما له حمل ومؤنة أن يفسد العقد؛ لأن تسليم الثمن لا يجب في غير ذلك المكان، فيعتبر في معنى التأجيل، فأما فيما ليس له حمل ومؤنة، لا يفسد العقد؛ لأن فيما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه حيث يشاء، فلا يصير شرط التسليم في مكان معين في معنى التأجيل، بل يلغو ذكر الشرط، ويصير كأنه أطلق العقد.

١٢٢١٠ - في «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن اشتراط إيفاء الدراهم في عقد البيع في بلد آخر لا حكم له، إن كان له حمل ومؤنة، أو لم يكن، وله أن يأخذه به، إذا حل أجلها حيث لقيه، والمطلوب أن يقبضه حيث لقيه، وإن كره ذلك الطالب، وإن لم يكن للمال أجل، فهو سواء في القياس، غير أني أستحسن إذا فسد البيع، إذا كان له حمل ومؤنة للشرط الذي فيه من الحمل والمؤنة.

١٢٢١١ - وفي «مجموع النوازل»: رجل باع من آخر ثوباً بعينه ببغداد على أن يوفي المشتري الثمن أخ البائع بسمرقند، فالبيع فاسد؛ لأنه يوهم اشتراط الثمن لغير البائع، وهو الأخ، واشتراط الثمن لغير البائع، أو على غير المشتري يوجب فساد البيع.

وإن صورة المسألة فيما إذا كان الثمن للبائع، والأخ وكيله بالقبض، فالبيع فاسد أيضاً؛ لأن فيه أجلاً مجهولاً على نحو ما بينه.

١٢٢١٢ - وفيه أيضاً: رجل باع عبداً بألف درهم على أن يقبض خمسمائة عند مضي شهر، فقال البائع: أنا أطلب منك جميع الثمن، فالبيع فاسد لجهالة الأجل؛ لأنه لا يدري ما دام يمكنه تسليمه عند كل أسبوع؟ وفيه نظر؛ لأن هذا بمنزلة ما لو باع على أن نصف الثمن مؤجل إلى شهر، والنصف بعده، وذلك جائز، فههنا كذلك.

١٢٢١٣ - وفي «المنتقى»: إذا باع عبداً على أن يؤدي ثمنه يوم القيامة، فقال المشتري:

أردنى الثمن في الحال، جاز البيع - والله أعلم -.

نوع آخر:

١٢٢١٤ - إذا باع من آخر شخصًا على أنها جارية، وأشار إليه، فإذا هو غلام، فلا بيع بينهما، وهذا استحسان، أخذ به علماؤنا رحمهم الله تعالى، والقياس أن ينعقد البيع، ويكون للمشتري الخيار، والأصل في هذه المسألة، وما يجانسها أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقد، فوجد المشار إليه على خلاف المسمّى، إن كان الخلاف من حيث الجنس، فالبيع باطل، حتى إن من باع من آخر فصًّا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج، كان البيع باطلاً في هذه الصورة؛ لأن المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المسمى، فالعقد يتعلق بالمسمى، ويلغو الإشارة، وإذا كان المسمّى معدومًا، كان البيع معدومًا، والبيع على المعدوم باطل، وإنما كانت العبرة للتسمية في هذه الصورة؛ إذ لا يمكن العمل بالإشارة والتسمية معًا في هذه الصورة؛ لأن الإشارة توجب تعلق العقد بالمشار إليه، وهو الزجاج، والتسمية توجب تعلق العقد بالمسمى، وهو الياقوت، والعقد الواحد لا يجوز أن يتعلق بالياقوت والزجاج بكل واحد منهما على الانفراد في وقت واحد، فلا بد من العمل بأحدهما، وإلغاء الآخر، فقلنا: العمل بالتسمية، وإلغاء الإشارة أولى من العمل على العكس؛ لأن الإشارة مع التسمية إن استويا من حيث إن التسمية كما تقطع الشركة، فالإشارة تقطع الشركة بين المسمى وغيره من خلاف الجنس، ومن حيث إن التسمية إن كانت تعرف المالية والإشارة لا تعرفها؛ فالإشارة تقطع الشركة بين المشار إليه وغيره من جنسه، والتسمية لا تقطع الشركة بين المسمى وبين غيره من جنسه، فاستويا من هذا الوجه، إلا أن ما في التسمية من تعريف المالية فوق ما في الإشارة من التعريف بقطع الشركة بين المشار إليه وبين غيره من جنسه؛ لأن المالية مقصودة بعينها، وقطع الشركة بين المشار إليه وبين غيره من جنسه مقصود، لإمكان التسليم لا بعينه، ولا شك أن المقصود بعينه فوق المقصود بغيره، فرجحت التسمية على الإشارة من هذا الوجه، فوجب العمل به دون الإشارة عند تعذر العمل بهما، والتقريب ما ذكرنا.

١٢٢١٥ - وإن كان المشار إليه من جنس المسمى، إلا أنه يخالفه في الصفة، فالعقد جائز، وللمشتري الخيار إن شاء، كما لو اشترى فصًّا على أنه ياقوت أحمر، فإذا هو ياقوت أصفر، فالبيع جائز، وللمشتري الخيار إن شاء؛ لأن المشار إليه إذا كان من جنس المسمى، فالعبرة للإشارة؛ لأن المسمى موجود في المشار إليه، وما هو المقصود من التسمية، وهو تعريف المالية،

قد حصل؛ لأن المشار إليه يفوت كالمسمى، فصار حق التسمية مقضيًا، فبقيت[1] الإشارة لتعيين الذات؛ لأن المسمى شائع في الجنس، والإشارة تعينه، فكان في الإشارة زيادة تعريف في هذه الصورة، فكانت العبرة للإشارة حال اتفاق الجنس، وتلغو التسمية، فكأنه أشار إلى المبيع، ولم يسمّ، وهناك ينعقد العقد على المشار إليه، فههنا كذلك، إلا أنه يثبت للمشتري الخيار؛ لأنه شرط له زيادة وصف في المشار إليه، حيث قال: على أنه أحمر، كأنه قال في الابتداء: بعتك هذا على أنه أحمر، فإذا وجده أصفر، فقد فات الوصف المذكور في المشار إليه، فههنا كذلك الخيار، وصار كما لو قال: بعت منك هذا العبد على أنه كاتب، أو خباز، ولم يسم العبد، فوجده غير كاتب وغير خباز، وهناك يجوز العقد، ويكون للمشتري الخيار، كذا ههنا.

إذا ثبت هذا جئنا إلى بيان مسألتنا، وأنها على القياس والاستحسان، وبيان وجه الاستحسان أن الذكر مع الأنثى من بني آدم جنسان مختلفان؛ لأن اختلاف المجانسة بين الشيئين باختلاف الصورة والمقصود، فالصور من بني آدم مختلفة، وهذا ظاهر، وكذلك المقصود مختلف، فإن ما يبتغى من الذكر من الزراعة والجهاد لا يبتغى من الأنثى، وما يبتغى من الأنثى من الغزل والطبخ والاستفراش لا يبتغى من الذكر، وصار كالهروي مع المروي، وكالزندنيجي مع الوذاري، اعتبر جنسين مختلفين لاختلاف الصورة والمقصود، كذا ههنا. وإذا ثبت أن الذكر مع الأنثى من بني آدم جنسان مختلفان، يتعلق العقد بالمسمى، والمسمى معدوم، فكان البيع باطلًا.

١٢٢٦٦ - ولو اشترى شاة على أنها نعجة، فإذا هي كبش، فالبيع جائز؛ لأن الذكر مع الأنثى في البهائم جنس واحد؛ لأن الصورة وإن كانت مختلفة، فالمعنى واحد؛ لأن ما يبتغى من الذكر من الحمل والأكل يبتغى من الأنثى، وفي منفعة الولاد[2] يشتركان، والمقصود راجح على الصورة، فرجح ما يوجب اتحاد الجنس، فجعلنا الجنس واحدًا، وقد ذكرنا أن في الجنس الواحد العبرة للإشارة كأنه أشار ولم يسمّ، وهناك ينعقد العقد، كذا ههنا.

ثم ما ذكرنا أن المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المسمى، فالعقد يتعلق بالمسمى، ذلك إذا لم يعلم المشتري والبائع أن المشار إليه من خلاف جنس المسمى، فأما إذا علما بذلك،

---

(1) وفي م: وتمحض مكان فبقيت.

(2) وفي ظ: الولادة.

فالعقد يتعلق بالمشار إليه، ألا ترى أن من قال لغيره: بعت منك هذا الحمار، وأشار إلى عبد قائم بينهما، ينعقد العقد على العبد، وكذلك إذا قال لغيره: اشتر لي بهذه الألف الدراهم جاريه، وأشار إلى الدنانير، تتعلق الوكالة بالدنانير.

وفي «الزيادات»: ذكر مسألة الوكالة، وشرط لتعليق الوكالة بالمشار إليه علم الوكيل، والموكل المشار إليه، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بحال المشار إليه.

١٢٢١٧- ومن هذا الجنس [ذكر في القدوري][١]: لو باع دارًا على أن بناءها آجر، فإذا هو لبن، فالبيع باطل؛ لأن الأغراض والمقاصد تتفاوت تفاوتًا فاحشًا، فيلحق بالجنس المختلف، فيتعلق العقد بالمسمى، والمسمى معدوم.

١٢٢١٨- ولو باع دارًا على أن فيها بناء، فإذا لا بناء فيها، فالبيع جائز، والمشتري بالخيار، يأخذها بجميع الثمن إن شاء، وفي المسألة نوع إشكال؛ فإن انعدام الوصف أقوى من اختلاف الوصف، ثم اختلاف الوصف في المسألة الأولى منع انعقاد البيع، وعدم الوصف في المسألة الثانية لم يمنع، والوجه في ذلك أن في المسألة الأولى بين الموجود والمذكور تفوتًا فاحشًا في الأغراض، وباعتبار فحش التفاوت التحق بالجنس المختلفين، فلا يدخل الموجود تحت المذكور، فلو أوجبنا العقد في الموجود[٢]، فقد أوجبناه في غير ما تناوله الذكر، وإنه لا يجوز، فأما اسم الدار فيتناول العرصة والبناء، ولهذا يدخل البناء في بيع الدار بدون الذكر، ويتناول العرصة بانفرادها أيضًا، فإذا انعدم البناء، أوجبنا العقد في العرصة، فقد أوجبناه فيما يتناوله الذكر، فلهذا افترقا، فهذا غاية ما قيل في الفرق بين المسألتين، ولم يتضح لنا وجهه.

١٢٢١٩- وذكر الخصاف: إذا اشترى دارًا على أنها مبنية بالجص، أو مسقفة بالساج، فكانت بخلافه، أو كانت معدومة، فالبيع جائز.

وكذا النخل على أنه دقل، بخلاف الزرع على أنه حنطة، فإذا هو شعير.

١٢٢٢٠- ولو باع جبة على أن ظهارتها كذا، وبطانتها كذا، وحشوها كذا، فوجد الظهارة على ما شرط، والبطانة والحشو على خلافه، فالبيع جائز، ويتخير المشتري، وإن كانت الظهارة من غير ما شرط، فالبيع باطل، وهذا لأن الجبة تنسب إلى ظهارتها، وتعرف بها، فهي الأصل، والبطانة والحشو تبع، فإذا وجد الظهارة على خلاف ما سمى جنسًا كان

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذا من «م».

(٢) وفي «م»: في العرصة مكان في الموجود.

المسمى معدومًا، فيبقى العقد باطلاً، وإذا كانت الظهارة على وفاق ما سمى جنسًا، لم يكن المسمى معدومًا، فيجوز أن ينعقد العقد، وروي أن الظهارة إذا كانت أقل قيمة، مثل أن تكون البطانة حريرًا، أو سمورًا، والظهارة من كرباس، أو ما أشبهه، أن العقد لا ينعقد.

وإذا باع قباء على أن بطانته هروي، فإذا هي مروي، فالبيع جائز، ويتخير المشتري؛ لأن البطانة تبع، والاختلاف يوجب الخيار، ولا يمنع الانعقاد، وكذا إذا قال: على أن حشوه قز، فإذا هو قطن.

١٢٢٢١- ولو باع ثوبًا على أنه مصبوغ بعصفر، فإذا هو مصبوغ بزعفران، فالبيع باطل؛ لأن الأغراض تتفاوت بتفاوت اللون تفاوتًا فاحشًا، فالتحقت(١) بالجنس المختلف.

ذكر القدوري المسألة على هذا الوجه، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وأشار محمد إلى العلة، فقال: لأنه باع ما في الثوب من الصبغ، كما باع الثوب، وشرط أن ذلك الصبغ عصفر، وتبين أنه غيره، وهو شيء قائم في الثوب.

وفي "المنتقى": إذا باع ثوبًا على أنه مصبوغ بعصفر، فإذا هو أبيض، فالبيع جائز، ويتخير المشتري، إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وفي "البقالي": وهذا بخلاف بيعه أبيض، فإذا هو مصبوغ حيث لا يجوز.

قال في "البقالي": وكذلك شراء الدار على أن لا بناء فيها، فإذا فيها بناء، يريد به أن هذا وبيع الثوب على أنه أبيض فإذا هو مصبوغ سواء، حتى لا يجوز.

١٢٢٢٢- وإذا باع أرضًا على أن فيها نخيلاً وأشجارًا، فإذا ليس فيه نخيل وأشجار، فالبيع جائز، ويتخير المشتري، كما لو باع دارًا على أن فيها بناء، فإذا لا بناء فيها.

١٢٢٢٣- وإذا باع أرضًا بنخيلها وأشجارها، فهذا وما لو باعها على أن فيها نخيلاً وأشجارًا سواء، وكذلك إذا باع دارًا بسفلها وعلوها، فإذا لا علو لها، كان للمشتري الخيار؛ لأنه لما قال: بسفلها وعلوها، فكأنه قال: على أن لها علوًا، وهناك للمشتري الخيار، كذا ههنا.

١٢٢٢٤- وإذا قال: بعتك هذه الدار بأجذاعها وأبوابها وخشبها، فإذا لا أجذاع فيها، ولا أبواب، ولا خشب، فهو بالخيار، وإن كان فيها بابان، أو جذعان، فلا خيار له؛ لأن اسم الجمع يتناول المثنى فصاعدًا، فقد وجد أدنى ما يطلق عليه الاسم، وإنه كاف لإسقاط الخيار، ولو كان فيه باب واحد، أو جذع واحد، فله الخيار؛ لأن اسم الجمع لا يطلق على الواحد.

(١) في ظ: فالتحقا، وفي ف: فالتحقا.

ولو قال: بعتكها بما فيها من الأجذاع والأبواب والخشب والنخيل، فلم يجد شيئاً من ذلك، فلا خيار له؛ لأنه في هذه الصورة لم يشترط هذه الأشياء في البيع، ولا جعلها صفة للمبيع، بل أخبر عن وجودها فيه، وانعدام ما ليس بمشروط في البيع ولا صفة للبيع لا يوجب الخيار، أما في قوله: بأجذاعها وأبوابها، جعل هذه الأشياء صفة للدار، فالبيع يتناول الموصوف بصفة، فإذا لم يجده بتلك الصفة، يثبت له الخيار ضرورة، هذه جملة من المغني.

ومنه أيضاً: إذا اشترى أرضاً على أن فيها كذا نخيلاً، أو اشترى داراً على أن فيها كذا بيتاً، أو اشترى سرقاً على أنه محاذٍ بمائة درهم صفة، أو اشترى نعلاً على أنها مشتركة بشراك أو خاتماً على أن له فصاً من ياقوت، أو فصاً على أنه مركب في حلقة، فإذا لا نخيل ولا شراك، ولا فص من ياقوت، ولا بيوت إلى آخره، أو كانت هذه الأشياء كما شرطت، فاحترقت النخيل، وانهدم البيوت، وتلف الشراك، وأشباه ذلك قبل القبض، فالمشتري بالخيار في هذه الصورة، إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء تركه إلا في صورة واحدة، وهي ما إذا اشترى فصاً على أنه مركب في حلقة ذهب، فلم توجد الحلقة، فإن البيع في هذه الصورة فاسد؛ لأن بمقابلة حصة من الثمن، ولا تعرف الحصة، أما فيما عدا ذلك، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء تركه.

والجملة في ذلك أن كل شيء يباع ويدخل غيره في البيع تبعاً له من غير ذكر ذلك الغير، فإذا بيع ذلك الشيء، وشرط ذلك الغير معه في البيع، ووجد ذلك الشيء، ولم يوجد ذلك الغير، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذ ذلك الشيء بجميع الثمن، وإن شاء تركه، مثاله في النخيل مع الأرض وأمثالها، فإن النخيل يدخل في بيع الأرض من غير ذكر تبعاً للأرض، فإذا شرط النخيل مع الأرض في بيع الأرض، ولم يوجد النخيل، فالمشتري يأخذ الأرض بجميع الثمن إن شاء.

وكل شيء يباع، ولا يدخل غيره في بيعه تبعاً له من غير ذكر، فإذا بيع ذلك الشيء، وشرط غيره معه في البيع، ولم يوجد ذلك الغير، فالمشتري يأخذ ذلك الشيء بحصته، وذلك نحو أن يشتري أرضاً فيها نخيل، ويشرط الثمر مع النخيل، فإذا لا ثمر في النخيل، أو كان فيها ثمر إلا أنه هلك قبل القبض، فالمشتري يأخذ الأرض والنخيل بحصتها من الثمن، ومن هذا قلنا: إذا اشترى أرضاً فيها زرع، وشرط الزرع قبل القبض، فاحترق الزرع قبل القبض، فالمشتري يأخذ الأرض بحصتها من الثمن.

١٢٢٢٥ - وإذا قال لغيره: بعتك هذا الثوب القز، أو الخز، وكان مختلطاً، فإن كان السدى مما شرط، واللحمة من غيره، فالبيع باطل، وإن كان اللحمة مما شرط، فالبيع جائز، ويخير المشتري في فصل القز؛ وهذا لأن الثوب لا يصير[1] ثوباً إلا بتركيب اللحمة بالسدى، واللحمة آخرهما، فيضاف الثوب إلى اللحمة، فإن كانت اللحمة على خلاف المشروط، كان المسمى معدوماً، فلا يصح العقد، وأما إذا كانت اللحمة من جنس المشروط، كان المسمى موجوداً، ولكن اختلفت الصفقة، فانعقد البيع لوجود المسمى، ويثبت الخيار لفوات الصفقة، وفي الخز لا خيار للمشتري، إذا كانت اللحمة خزاً، والسدى من غيره؛ لأن الخز[2] لا يوجد إلا بهذه الصفة.

١٢٢٢٦ - قال بشر: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من آخر ثوباً على أنه كتان، فإذا ثلثه قطن، فله أن يرده، وإن قطعه لم يرجع بشيء، ولو كان أكثره قطناً، فالبيع فاسد.

١٢٢٢٧ - وإذا اشترى عبداً على أنه فحل، فإذا هو خصي، فللمشتري أن يرده، وإذا اشتراه على أنه خصي، فإذا هو فحل، روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنه لا خيار له، قال: وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: الخصاء في العبد عيب، فإذا شرطه فقد برأ عن العيب، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الخصاء في عبد أفضل من الفحل لرغبة الناس فيهم؛ لأنهم لا يمتنعون عن دخولهم منازلهم، كما يمتنعون عن دخول الفحل، قال: وهو في القيمة زيادة.

ولو اشترى عبداً على أنه فحل، فإذا هو خصي، وقد مات عند المشتري، أو حدث به عيب عنده، وقد اشتراه بعشرة آلاف درهم، وقيمته خصياً ثلاثة آلاف درهم، وقيمته فحلاً ألف درهم، قال محمد رحمه الله تعالى: في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يلزمه شيء؛ لأن الخصي ههنا أفضل قيمة من الفحل، وقال محمد: إن شاء المشتري[3] أعطاه قيمته خصياً ثلاثة آلاف درهم، وأخذ منه عشرة آلاف درهم الثمن، معناه: إذا رضي البائع أن يأخذه من المشتري قيمته خصياً ثلاثة آلاف درهم، أعطاه المشتري ثلاثة آلاف درهم، وهذا لأن العبد

...

(١) وفي ف و م: إلا يصير ثوباً.

(٢) وفي م: إذا كانت اللحمة خزاً، والسدى من غيره؛ لأن البيع للمشتري إذا كانت اللحمة خزاً، والسدى من غيره؛ لأن الخز لا يوجد إلا بهذه الصفة.

(٣) وفي ف: البائع بدلاً عن المشتري.

ثم كان قائمًا، كان للمشتري أن يرده على البائع، ويسترد منه الثمن، فإذا كان هالكًا رد قيمته، ليكون ردًا للعبد معنى، غير أنه يشترط رضى البائع؛ لأن البيع ورد على صورة العبد معنى، ويتعذر الرد صورة.

١٢٢٢٨ - وفي «نوادر بشر»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى سفينة على أنها من ساج، فإذا فيها غير الساج، قال: إن كان شيئًا لا بد من أن يكون، فلا خيار له، وهو بجميع الثمن، يريد بهذا أنه إذا استعمل فيها شيء من غير الساج لا يصلح ذلك الشيء إلا من غير الساج، ولو كان كل السفينة غير الساج، فلا بيع بينهما.

١٢٢٢٩ - وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضًا: في رجل قال لغيره: بكم هذا الثوب الهروي، والثوب مصبوغ صبغ الهروي، فقال: بكذا، فباعه، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: وهو مثل الشرط أنه هروي، وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، يريد بهذا أنه لو تبين أنه مروي كان البيع باطلًا، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ألا ترى أنه لو قال لغيره: بكم هذا الغلام وهو متشكل، فباعه، فإذا هو جارية، فإنه لا يقع بينهما بيع، وعن شريح أنه لم يجعله شرطًا.

١٢٢٣٠ - وفي «نوادر ابن سماعة»: عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر سمكة على أنها عشرة أرطال، ووزنها على المشتري، فوجد في بطنها حجرًا وزنه ثلاثة أرطال، أو نحو ذلك، والسمكة على حالها، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء تركها، وإن كان قد شواها قبل أن يعلم بذلك، فإني أقوم السمكة على أنها عشرة أرطال، وأقومها وهي سبعة أرطال، فيرجع بحصة ما بينهما من الثمن، فقد اعتبر محمد رحمه الله تعالى نقصان الوزن في السمكة بالعيب، حتى قال: تقوم السمكة عشرة أرطال، وتقوم سبعة أرطال، وهذا هو دأب العيب، ولم يعتبر نقصان العيب[1] بنفسه، إذ لو اعتبر ذلك، قال: يرجع بثلاثة أعشار الثمن.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه قال في هذه الصورة: المشتري لا يرجع على البائع بشيء، وإن وجد في بطنها شيئًا، مما أشبه ذلك، وإن كان ذلك مما يأكله السمك، لزمه البيع، ولا خيار.

١٢٢٣١ - وقال محمد رحمه الله تعالى فيمن اشترى من آخر قطنًا على أنه عشرة أمناء، فقبضه، فإذا هو خمسة أمناء، فهو بالخيار إن شاء أمسكه بجميع الثمن، وإن شاء تركه،

(١) في م: لم يعتبر نقصان الوزن بنفسه.

قال : وهذا بمنزلة العيب . وإن كان حدث بها عيب عند المشتري ، وأبى البائع قبوله لأجل العيب ، فإنه ينظر إلى الطشت ، فإن كان قيمة الطشت على عشرة أمنائه عشرون ، وعلى خمسة أمناء عشرة ، والعيب ينقصه على قيمة خمسة أمناء درهم ، فإنه يرجع على البائع بنصف الثمن لنقصان الوزن ، ويرجع أيضاً بعشر الثمن لأجل العيب ، وذلك درهم ؛ لأن العيب قد نقصه درهماً .

١٢٢٣٢ - وإذا قال لغيره : أبيعك هذا الزق ، وهذا الزيت الذي فيه على أن الزق خمسون رطلاً ، وعلى أن الزيت خمسون رطلاً ، كل رطل منهما بدرهم ، فوجد الزق ستين رطلاً ، والزيت أربعين رطلاً ، فإن الثمن يتقسم على قيمة الزيت ، وعلى قيمة الزق ، ثم يزاد على الثمن حصة العشرة الأرطال التي وجدها زائدة في الزق ، وينقص عن الثمن حصة العشرة الأرطال التي وجدها ناقصة عن الزيت ، ثم يقال له : إن شئت فخذ ، وإن شئت فدع ؛ لأن الزق قد وقع البيع على جميعه .

١٢٢٣٣ - قال محمد رحمه الله تعالى : وإذا اشترى مسكاً وزناً ، فوجد فيها رصاصاً ، فهو بالخيار ، إن شاء رد الرصاص ، وحط عن الثمن بقدر وزن الرصاص ، وإن شاء ترك .

وإذا اشترى سمناً وزناً ، فوجد فيها رباً قال محمد رحمه الله تعالى : إذا كان رباً يوجد مثله في السمن ، ولا يعد عيباً ، لزمه جميع الثمن ، وإن كان يعد عيباً ، فإن شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك [وإن كان رباً لا يكون مثله في السمن ، فإن شاء أخذ بحصته ، وإن شاء ترك][1] ، وهو نظير ما قال محمد في الثمار التي في السلال ، وفي أسفلها الحشيش : إن الحشيش إذا كان قدر ما يوضع في مثله ، أنه لا خيار له .

١٢٢٣٤ - وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه : في الزيت يبيعه الرجل ، فيجد فيه المشتري الطين أو المسك يبيعه الرجل ، فيجد المشتري رصاصاً ، أن المشتري بالخيار ، إن شاء أخذه ، وإن شاء رده ، وقال ابن أبي ليلى : يرد الرصاص والطين ؛ لأن الرصاص ليس من المسك ، والطين ليس من الزيت ، فيردهما وأمثالهما بالحساب ، وأما السمن يبيعه الرجل فيجد فيه رباً ، يكون ذلك عيباً فيه ، فهو بالخيار ، إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ؛ لأن هذا منه ، وكذلك العود يشتريه الرجل على أنه هندي ، فإذا هو غير هندي ، قال : ولا أنظر في هذا إلى اليسير منه ، وإنما أضع هذا على الكثير ، فإذا كان في الكثير ، لا يجب عليه أن يرده ، ولم أقض عليه بذلك في اليسير .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

١٢٢٣٥ - وفي "الإملاء": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا باع الفص دون الفضة، ونزعه يضر بالفص دون الفضة، أو يضر بهما، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذ الفص بحصته من الثمن، يقسم الثمن على قيمته غير ناقص وعلى قيمته ناقصًا، ثم يبطل عن المشتري حصة النقصان من الثمن، ويكون المشتري بالخيار، إن شاء أخذ الفص بما بقي من الثمن، وإن شاء ترك، قال: ولا يشبه هذا شراء الفص والفضة جميعًا، إذا قبضا، وقلع أحدهما يضر بالآخر، أو يضر بهما؛ لأن ذلك صرف، إذا بطل بحصته، بطل كله، والأول ليس بصرف، وإنما باعه الفص وحده، وإنما بطل البيع فيه بالضرورة، فإذا اندفعت الضرورة أو رضي صاحبها، جاز البيع.

قال محمد رحمه الله تعالى: ألا ترى أن رجلاً لو اشترى من رجل خشبة في حائط، يضر قلعها بالبائع، كان للبائع أن لا يقلعها، وأن يبطل، وإن لم يبطله حتى قلع البائع الخشبة، سلمت الخشبة للمشتري، إلا أن يكون القلع ينقصها، ويضر بها، فيكون المشتري بالخيار على ما وصفت لك في الفص.

إذا اشترى[1]، فصار تمرًا قبل أن يقبضه، واشترى بيضًا، فخرج منها فرخ قبل القبض، فهو بالخيار.

١٢٢٣٦ - قال محمد رحمه الله تعالى: إذا قال للقصاب: زن لي من هذا اللحم ثلاثة أرطال بكذا، فقطعه، ووزنه، فللمشتري الخيار؛ لأن هذا ليس بشيء معلوم، ومواضع اللحم تتفاوت، فكان له أن لا يرضى بهذا، وإن قال له: زن لي من هذا الجنب، أو من هذه الرجل ثلاثة أرطال بكذا، فوزن له منه، فلا خيار له؛ لأن اللحم من موضع معين من الشاة قلما يتفاوت، فهو بمنزلة ما لو اشترى قفيزًا من صبرة.

ولو قال: زن لي ما عندك من هذا اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم، فهو جائز، ولا خيار له، قال الحاكم أبو الفضل: ذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذه المسألة مثل ما قاله محمد رحمه الله.

وفي "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر جراب ثياب هروي، أو غيرها، أو اشترى قوصرة تمر، فلم يقبضها حتى عمد البائع، وأخرج الثياب من الجراب، أو أخرج التمر من القوصرة، ثم باع الجراب، أو القوصرة، وترك التمر أو الثياب، أو لم يبع الجراب، أو القوصرة، ولكن انتفع بها. قال: البيع والتمر لازم للمشتري، وليس له

(١) لعله: إذا اشترى بسرًا، فصار تمرًا.

أن يمتنع عن الثياب والتمر لمكان الجرب والقوصرة.

١٢٢٣٧ - اشترى جارية بكذا، ولم يسمِّ البائع أنها بكر، فزالت بكارتها في يد البائع، فللمشتري الخيار، وقد ذكرنا وجه ذلك في فصل الخيار.

وإذا اشترى من آخر رمانة على أنها حامضة، فقال بعد الشراء من غير أن يكسرها: إنها حلوة، وقال البائع: إنها حامضة [فالقول قول البائع؛ لأن الرمانة قد تكون حلوة، وقد تكون حامضة][1]، وقد روي في الحلو: بخلاف هذا، فقد روي أن من اشترى من آخر رمانة على أنها حلوة، ثم اختلفا فيه، فالقول قول المشتري، وعلى البائع أن يوفيه شرطه، والمسألتان في بيوع "المنتقى".

١٢٢٣٨ - إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: وإذا اشترى من آخر بيتًا بِبُرٍّ، فإذا هو دكان عظيم، أو باع برًا ببر، وقال: إنه كذا كذا ذراعًا، فإذا هو أقل من ذلك، وقد أكل بعض البر، فنقول: حكم المسألة قبل أكل شيء من البر أن للمشتري الخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن [وإن شاء ترك، وبعد أكل شيء من البر للمشتري أن يرد الباقي مثل ما أكل، ويرجع بجميع الثمن][2]، وروى هشام عن أبي يوسف رحمه الله تعالى مثل ما روى عن محمد.

قال إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: ولو كان طعامًا في قفير، أو في جب، فباعه بعشرة دراهم، فإذا نصفه تبن، قال: يأخذه بنصف الثمن، وأشار إلى الفرق، فقال: لأن القفيز والجب وعاء يكال بهما، ألا ترى لو قال: بعت منك ملء هذا القفيز، أو ملأ هذا الجب، يجوز، والبيت والبئر مما لا يكال بهما، ولا يشترى بهما.

١٢٢٣٩ - وإذا باع دارًا على أنها ألف ذراع، وكانت تسعمائة، فباعها المشتري، قال: إن لم يرجع الآخر على الأول، والأول لا يرجع على صاحبه، وإن رجع الآخر عليه، رجع هو أيضًا، قيل: يجب أن يكون تأويل المسألة أن المشتري باعها قبل أن يعلم أنها تسعمائة، أما لو علم أنها تسعمائة، وباعها كذلك، فلا رجوع له على صاحبه، وإن رجع المشتري الآخر عليه، وهذا إذا اشترى شيئًا، أو قبله.

١٢٢٤٠ - اشترى حبة لؤلؤة، وشرط لها وزنًا، وتقابضا، ثم وجدها ناقصة، وقد استهلكها، قال: لا يرجع عليه بشيء، في قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ولكنه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

استقبح ذلك، وترك قياسه فيه؛ لأن نقصان اللؤلؤة يحط من الثمن شيئاً كثيراً، وجعل له أن يرجع بالنقصان.

١٢٢٤١ - إذا اشترى بستاناً فيه نخيل وشجر، وشرط له أنه عشرة أجربة، وقبضه بغير مساحة، وأكل ثمره سنتين، ثم وجده تسعة أجربة لم يرد، ولم يرجع بشيء في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف: يقوم هذا الجريب الناقص أرضاً بيضاء مثل بقية أرض البستان، ويقوم النخل والشجرة، ثم يقسم الثمن على ذلك، فما أصاب الجريب الناقص [من الثمن رجع به، هكذا ذكر في "المنتقى"، وذكر بعد هذا عن أبي يوسف ما يدل على أن الجريب الناقص](١) يقوم قراحاً، لا يعتبر النخل والشجر في التقويم.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى مثل قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أيضاً: إنه لا يرجع بشيء.

وذكر بعد هذا عن محمد رحمه الله تعالى فيمن اشترى أرضاً فيها نخل وكرم على أنها عشرة أجربة، وأكل ثمرها سنين، ثم تبين أنها خمسة أجربة، قال: تقوم الأرض، وهي خمسة أجربة بكم تساوي، ولو كان عشرة أجربة في مثل حالها بكم تساوي، فيرجع بفضل ما بينهما.

١٢٢٤٢ - وإذا اشترى أرضاً زرعها، فحصد المشتري الزرع، ثم وجد الأرض أنقص جريباً مما اشترى أنه يرد الأرض بحصتها.

١٢٢٤٣ - رجل معه قفيزان من حنطة في زنبيل، فباع قفيزاً من رجل بدرهم، ولم يقبض حتى باع من آخر قفيزاً منها بدرهم، ثم هلك أحد القفيزين، فالمشتريان بالخيار، إن شاء أخذ كل واحد منهما نصف القفيز الباقي بنصف الثمن، وإن شاء ترك، وإن ترك أحدهما حصته، وأراد الآخر أن يأخذ القفيز كله بدرهم، فليس له ذلك إلا أن يشاء البائع من قبل أنه كان وجب للثاني قيمة نصفه، فإن قبض المشتري الآخر قفيزاً، ولم يقبض الأول شيئاً يريد به إذا لم يهلك أحد القفيزين، ثم إن المشتري الآخر رد ذلك القفيز على البائع بغير قضاء قاض، فليس للمشتري الأول في القفيز المردود شيء، إنما له أن يأخذ القفيز الباقي، أو يترك فإن خلط البائع أحد القفيزين بالآخر انتقض بيع المشتري الأول من قبل أن البيع صار له في الباقي، وقد صار البائع مستهلكاً حين خلطه بغيره، وإن لم يخلطه البائع، وكان قد رد عليه بعيب بقضاء قاض، وليس بالقفيز الباقي عيب، فأراد المشتري الأول أن يأخذ القفيز الباقي دون المردود،

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

في البيع إلا أن يأخذ نصف كل واحد منهما، فذلك للبائع من قبل أن القاضي نقض البيع فيه، فصار بمنزلة ما لم يبع، فلو هلك القفيز الباقي عنده، وبقي المردود الذي به عيب، فأراد المشتري الأول[1] تركه، فذلك له من قبل أن الهالك لم يكن به عيب، وإن أراد أخذه كله، فله ذلك، وإن شاء أن يأخذ نصفه ويترك نصفه، فعل، ولو كان القفيز الهالك هو المردود، والذي به العيب والقفيز الباقي هو الأول الذي لم يكن به عيب، فللمشتري أن يأخذ نصفه، وليس له أن يأخذ كله، وإن سلم البائع كله، فللمشتري أن يمنع.

١٢٢٤٤- رجل عنده كر حنطة، فباع نصفه من رجل، ثم باع النصف الباقي من رجل آخر، ثم قبض الأول منه مختومًا، ثم هلك نصفه، وبقي نصفه، فالمختوم الذي قبض الأول له إن شاء، ويأخذ ما بقي بحصة ذلك، والآخر بحصة ما بقي، يضرب فيه الأول[2] بنصف كر مختوم، ويضرب الآخر بنصف كر، ولا شركة للثاني في المختوم الذي قبضه الأول.

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: رجل يشتري من آخر جارية على أنها عذراء، وقبضها، وماتت في يده، ثم علم أنها لم تكن عذراء، لم يرجع على البائع بشيء، سواء كان ذلك ينقصها أو لا ينقصها، وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يرجع بقدر نقصانها.

١٢٢٤٥- الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله أيضًا: رجل اشترى من آخر دارًا على أنها ألف ذراع بألف درهم، فوجدها تنقص، قال: له أن يردها، فإن كان قد انهدمت في يده، أو باعها، ثم علم أنها تنقص، لم يرجع بشيء من النقصان، وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه يرجع [3] بالنقصان، فتقوم الدار على ما فيها من البناء، ويقوم الذراع الناقص على قيمته فراغًا.

اشترى أرضًا بحقوقها، أو بشربها، وللبائع أرض مثلها، فإنه يقسم الشرب بينهم بالحصص، وإن لم تكن هذه الأرض ما يسقيها، فللمشتري الخيار، إن شاء رده، وإن شاء أخذه، هكذا ذكر في «المنتقى».

١٢٢٤٦- وفيه أيضًا: إذا اشترى من آخر حنطة، واكتال بعضهم، فرأى في البقية

(١) وفي م: «وإن أراد أخذه كله، وأراد المشتري الأول رده، فذلك له من قبل إلخ».

(٢) هكذا في م، ووجد في الأصل، وفي نسخة ظ: «بنصف كر إلا مختوم»، وكان في النسخة ف: «يضرب فيه الأول بنصف كر الأول مختوم».

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أخلاطًا، وليس بعيب إلا أن ينقص ذلك من الثمن، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هو بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، ولو كان استهلك منها شيئًا، لم يكن له أن يرد.

١٢٢٤٧- وفي "فتاوي أبي الليث رحمه الله تعالى": إذا اشترى خمسمائة قفيز حنطة، فوجد فيها ترابًا، فإن كان التراب مثل ما يكون في الحنطة، ولا يعده الناس عيبًا، ليس له أن يرد، ولا أن يرجع بنقصان العيب، وإن كان التراب مثل ما لا يكون في الحنطة، ويعده الناس عيبًا، كان له أن يرد كل الحنطة مع التراب، فإن ميز التراب عن الحنطة، فإن أمكنه أن يرد كلها على البائع بذلك الكيل، أو خلط البعض بالبعض، فله الرد، وإن كان لا يمكنه ذلك، بأن انتقص بالتنقية، ليس له الرد، وكذا الجواب فيما إذا كان نظير الحنطة.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: في رجل اشترى من آخر ثوبًا، ثم جاء يرده، وقال: اشتريته على أنه هروي، وليس بهروي، وقال البائع: لم أشترط شيئًا، فالقول قول البائع؛ لأن المشتري قد أقر بالبيع، فلا يصدق على ما يرد به على البيع.

١٢٢٤٨- وكذلك لو اشترى دهنًا في إناء بعينه، ثم جاء يرده، وقال: اشتريته على أنه خيري، وهو بنفسج، وقال البائع: لم أشترط شيئًا، فالقول قول البائع.

وكذلك إذا اشترى من آخر ثوبًا بعشرة، وقبضه، ثم قال المشتري: اشتريته على أنه عشرة أذرع، وهو تسعة، وقال البائع: لم أشترط شيئًا [فالقول قول البائع، ولو قال: اشتريت على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم، وقال البائع: لم أشترط شيئًا][1]، وإنما بعتك كما هو، فإنهما يتحالفان.

١٢٢٤٩- رجل اشترى طعامًا على أنه كر، فمات المشتري قبل أن يكتاله، فاكتاله الوارث، فنقص، قال: الورثة بالخيار، إن شاؤوا أخذوه بحصته، وإن شاؤوا تركوه، قال أبو العباس: وروي عن محمد رحمه الله تعالى أن الوارث بالخيار، إن شاء يأخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

١٢٢٥٠- رجل اشترى أرضًا بشربها، فإذا لا شرب لها، فأراد المشتري أن يأخذ الأرض بحصتها، أو يرجع على البائع بحصة الشرب من الثمن فله ذلك، وإذا باع شجرة بأصلها وفي قلعها ضرر على البائع، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذ ما فوق الأرض منها بقيمته، وإن شاء ترك، وعن محمد رحمه الله تعالى: أنه قال للبائع: أن لا يسلمها، فإن قلعها المشتري، ضمنها له.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

الحسن بن زياد في الاختلاف في مسألة المشتري من مسلم شاة، فماتت في يد البائع، فسلخها البائع، ودبغ جلدها، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: المشتري بالخيار، إن شاء أخذ الجلد بحصته من الثمن، وإن شاء ترك، وقال: يقسم الثمن على قيمة اللحم لو كان ذكيا، وعلى قيمة الجلد ذكيا وغير مدبوغ، ولا ينظر إلى ما زاد الدبغ في قيمته.

نوع آخر: إذا حصل البيع بشرط الكيل والوزن والذرع:

١٢٢٥١- قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا اشترى الرجل من آخر طعاماً مكايلة، وقبضه، فإنه لا يأكله، ولا يبيعه، ولا ينتفع به حتى يكيله، وكذلك إذ كان البائع ابتاعه، واكتاله من بائعه بحضرة المشتري، لم يجز له أن يقتصر على ذلك الكيل ولا يبيع، ولا يأكل حتى يكتاله ثانيًا، هذا هو لفظ القدوري، يريد بهذا أن من اشترى من آخر طعاماً مكايلة، وباعه من آخر مكايلة، واكتال البائع الثاني من بائعه بحضرة المشتري الثاني، لا يجوز للمشتري الثاني أن يقتصر على ذلك الكيل، ولا يبيع، ولا يأكل حتى يكتاله ثانيا.

والأصل في ذلك ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، صاع البائع وصاع المشتري، والمعنى فيه أن الكيل جعل من تمام القبض شرعًا فيما يبيع مكايلة؛ لأن القدر في العين معقود عليه فيما يبيع مكايلة، ألا ترى أنه لو وجده أزيد مما سمى من القدر، لا تسلم له الزيادة إذا كانت الزيادة بحيث لا يدخل بين الكيلين؛ لأن الزيادة لم تدخل تحت العقد، ولو وجده أنقص، ينقص عنه حصته من الثمن، وإذا ثبت أن القدر معقود عليه فيما بيع بشرط القدر.

فنقول: القدر غير متعين قبل الكيل، لجواز أن يكون مثل الكيل المشروط، أو أزيد منه، أو أنقص منه، وإنما يتعين بالكيل، فكان للكيل حكم القبض؛ لأن الكيل يعين ما ملك بالعقد غير متعين، وتعين ما ملك غير متعين بالعقد إنما يكون بالقبض، وإذا كان الكيل يعمل هذا العمل، كان للكيل حكم القبض، فكان الكيل من تمام القبض من هذا الوجه، ثم في هذه المسائل يحتاج إلى قبضين، قبض البائع وقبض المشتري، فكذا يحتاج إلى كيلين.

فإن قيل: إنما أعطى الكيل حكم القبض؛ لأنه يعين ما ملك بالعقد غير متعين، وهذا التعيين حاصل بكيل البائع بنفسه بحضرة المشتري الثاني، وكذا يجب أن لا يحتاج المشتري الثاني إلى كيل آخر، كما لو استفاد من أرضه، وباعه من آخر مكايلة، وكان بحضرة المشتري، لا يحتاج المشتري إلى كيل.

والجواب عنه أن يقال: بأن الكيل أعطي له حكم القبض فيما بيع مكايلة، فإذا أعطي له حكم القبض، يصير كالقبض الحقيقي، ففي كل موضع يحتاج إلى قبضين، ولا ينوب أحد القبضين عن الآخر، لا ينوب أحد الكيلين عن الآخر، وفي كل موضع يكتفي بقبض واحد، يكتفي بكيل واحد، وفيما إذا استفاده من أرضه، لا يحتاج فيه إلى أصل القبض، لجواز التصرف، فلا يحتاج فيه إلى الكيل أيضاً.

١٢٢٥٢- وإذا اشترى من غيره حنطة مجازفة، وباعه بعد ما قبضها من غيره مكايلة، فإنه يكتفي فيه كيل واحد، وكذا إذا استقرض من رجل كر حنطة على أنه كر، ثم باعه مكايلة، فإنه يكتفي فيه كيل واحد: إما كيل المشتري، وإما كيل البائع المستقرض بحضرة المشتري، وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا اشتراها مجازفة، وباعها من غيره مكايلة؛ لأن الكيل غير محتاج إليه في حق البائع الثاني لصحة تصرفه؛ لأن الكيل ليس بشرط لتمام القبض، فأما إذا اشتراه مجازفة؛ لأن المعقود عليه عين مشار إليه، لا المقدر له، وإنه متعين قبل الكيل، وإنما يشكل فيما إذا استقرض من آخر حنطة على أنها كر، ثم باعها من غيره بشرط الكيل؛ ويجب أن يحتاج فيه إلى كيلين؛ لأن الاستقراض تمليك بعوض، فكان بمنزلة الشراء، فيصير القدر معقوداً عليه متى استقرض بشرط الكيل، كما لو اشتراه مكايلة، والجواب أن القرض إن كان مبادلة صورة، فهو عارية من حيث الحكم والاعتبار؛ لأن ما يرد المستقرض عين المقبوض حكماً لا بدله، إذ لو لم يجعل كذلك، كان هذا مبادلة الشيء بجنسه نسيئة، وإنه حرام.

وإن كان رد البدل قائماً مقام رد العين المقبوض من حيث الحكم، كان القرض تمليكاً [بغير][1] بدل من حيث الحكم، فلو كان تمليكاً بغير بدل من حيث الحقيقة كالهبة والوصية، لم يحتج فيه إلى الكيل، فكذا ههنا. بخلاف الشراء؛ لأنه تمليك بعوض حقيقة وحكماً، والشرع جعل الكيل من تمام القبض في ما ملك بيعاً بشرط المكايلة، فلهذا احتيج في الشراء إلى الكيل، ولم يحتج إلى الكيل في الاستقراض.

١٢٢٥٣- ولو اشترى حنطة مجازفة، وباعها من غيره بعد ما قبضها مجازفة، أو استفاد حنطة من أرضه، أو بالهبة، وباعها مجازفة، أو ملك حنطة ثمناً على أنه كر، وقبضها، وباعها مجازفة قبل الكيل، فهو جائز، كذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى.

أما إذا اشتراها مجازفة، فلا إشكال فيها؛ لأن الكيل في هذه الصورة لم يجعل من تمام القبض؛ لأن المعقود عليه عين مشار إليه لا المقدار، بخلاف ما إذا اشتراه مكايلة؛ لأن

(١) هكذا في ف، وكان في ظ: لغير.

لكيل هناك جعل من تمام القبض، وأما إذا استفاده من أرضه، أو بالهبة، فلأنه ملكه بغير عوض، والشرع إنما اعتبر الكيل [لإباحة التصرف في البيع، بخلاف القياس، فيرد الشرع إلى ما يقتضيه القياس، وأما إذا ملكه بثمن][1]، فلأن الكيل شرع لتمام القبض لإباحة التصرف فيما يحتاج فيه إلى أصل القبض لإباحة التصرف، وفي الثمن أصل القبض ليس بشرط لإباحة التصرف، فلا يكون الكيل الذي جعل من تمام القبض شرطًا لإباحة التصرف.

وأما إذا اشترى مكايلة، وباعه من غيره مجازفة قبل أن يكيله، هل يجوز؟ ظاهر ما أطلق محمد رحمه الله تعالى في «الأصل» يدل على أنه لا يجوز، وذكر ابن رستم في «نوادره» أنه إذا باع مجازفة قبل أن يكيله، جاز، ولو باعه مكايلة قبل أن يكيله لا يجوز.

فصار في المسألة روايتان: وجه رواية ابن رستم: أن القدر كما هو معقود عليه [فالعين المشار إليه أيضًا معقود عليه][2]، فمتى باعه مجازفة، فقد باع العين دون القدر والعين مقبوض، فصار بائعًا ما هو مقبوض له، فيجوز، ومتى باعه مكايلة، فقد باع القدر مع العين، والقدر مقبوض مثل الكيل.

وجه ما ذكر في «الأصل»: أن القدر معقود عليه، والعين معقود عليه، وأحدهما ما ينفك عن الآخر؛ لأن القدر صفة العين، لأنه لا يوجد بدونه، فإذا باعه مجازفة، فقد باع مقبوضًا، وغير مقبوض؛ لأن العين الذي اشتراه مقبوض، والقدر ليس بمقبوض، فقد باع مقبوضًا، وغير مقبوض صفقة واحدة، فلا يجوز البيع في الكل، وذكر بعض المشايخ في شرح «الجامع الصغير» خلافًا في هذا الوصف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، فقال: على قول أبي يوسف: لا يبيعه حتى يكتاله لنفسه، وعلى قول محمد: يبيعه من غير أن يكتاله لنفسه، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في فصل، وهو ما إذا اشترى طعامًا مكايلة، وكاله البائع بحضرة المشتري، وسلمه إليه، فمنهم من قال: ليس للمشتري أن يكتفي بذلك الكيل، ويكيل مرة أخرى.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: الأصح أنه يكتفي بذلك الكيل، وكل جواب عرفته في المكيلات، فهو الجواب في الموزونات؛ لأن الوزن في الموزونات متى بيع بشرط الوزن، يصير معقودًا عليه، كالكيل في المكيلات، فكل جواب عرفته في المكيلات في

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين ...

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين ...

الترتيب الذي ذكرنا، فهو الجواب في الوزنيات.

١٢٢٥٤ - وأما الكلام في المذرعات: إذا اشترى من آخر ثوبًا على أنه عشرة أذرع، كان له أن يبيعه، وأن يتصرف فيه قبل الذرع؛ لأن الذرع في المذرعات متى لم يجعل بإزائه ثمن، سلك به مسلك الأوصاف، حتى لا يقسم الثمن على عدد الذرعان، حتى لو وجده أحد عشر في مسألتنا، فالزيادة تسلم له، ولو وجده أنقص من عشرة، لا يسقط شيء من الثمن، لكن يتخير المشتري، كما لو اشترى ثوبًا على أنه عتيق، فوجده رقيقًا، وإذا سلك به مسلك الصفة، لم يصر الذرع معقودًا عليه، وكان المعقود عليه الثوب المشار إليه، وأنه متعين من غير ذرع، وكان بمنزلة ما لو اشترى حنطة مجازفة على أنها جيدة، وقبضها قبل أن يعلم بأنها جيدة، بأن كانت في الجوالق، يتصرف فيها، وهناك التصرف منه جائز، كذا هنا.

١٢٢٥٥ - وأما الكلام في المعدودات: إذا اشترى من آخر عدديًا بشرط العد، هل يجب إعادة العد [لإباحة التصرفات]؟ لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الكتب الظاهرة، قالوا: قد ذكر الكرخي: أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يشترط إعادة العد لإباحة التصرفات، إلحاقًا للعدديات [بالمكيلات والوزنيات، وعلى قولهما: لا يشترط إلحاقًا للعدديات بالذرعيات][1].

وفي شرح القدوري: وأما المعدودات فيجب إعادة العد فيها في رواية، وفي رواية لا يجب، وصحح القدوري هذه الرواية؛ لأن العد في العدديات بمنزلة الذرع في المذروعات، ألا ترى أن الربا لا يجري بين العدديات، كما لا يجري بين المذروعات، ثم في المذروعات لا يجب إعادة الذرع، فكذا في المعدودات لا يجب إعادة العد.

وفي القدوري: في باب بيع المبيع قبل القبض: إذا اشترى طعامًا مكايلة، أو موازنة شراءً فاسدًا، وقبض بغير كيل، ثم باعه، وقبضه المشتري، فالبيع الثاني جائز، وإنما اعتبر إعادة الكيل في البيع الصحيح؛ لأن المستحق القدر المذكور، ويتصور التفاوت بين المذكور والموجود، فيعتبر إعادة الكيل لإزالة ذلك الوهم احتياطًا، وهذا المعنى لا يوجد في البيع الفاسد، فإن الملك في البيع الفاسد إنما يثبت بالقبض، فيصير المملوك قدر المقبوض، لا قدر المذكور في البيع، فلا يتصور التفاوت بين المستحق والموجود.

١٢٢٥٦ - ولو اشترى طعامًا مكايلة بإناء بعينه، فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقد مرّ هذا من قبل، فإن كاله بذلك الإناء، ورضي به المشتري بعد

-----

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من السغناقي ... ظ و ف.

الكيل لا يجوز، وقد مر هذا أيضاً من قبل، فإن باعه المشتري بعد ذلك [قبل أن يعيد الكيل][1]، جاز؛ لأن هذا في معنى البيع مجازفة، وفي البيع مجازفة لا يحتاج إلى إعادة الكيل؛ لأن المستحق هو القدر المشار إليه، فلا يتصور فيه التفاوت.

١٢٢٥٧- وفي «المنتقى»: وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا كان الثمن شيئاً مما يكال، أو يوزن من غير عينه، فأخذه البائع بغير كيل، وصدق المشتري في كيله ووزنه، فله أن ينتفع به قبل أن يكيله، وإذا كان الثمن ثياباً موصوفة مؤجلة؛ فليس له أن يبيعها منه قبل أن يقبضها، وقال في الصرف: ليس له أن يشتري بأحد البدلين شيئاً حتى يتوازنا، وإذا تفرقا قبل الوزن في الصرف، وكل واحد منهما مصدق لصاحبه في الوزن؛ فالبيع فاسد، وذكر في موضع آخر من هذا الكتاب: إذا كان كل واحد منهما مصدقاً لصاحبه في الوزن أن البيع جائز، وسيأتي مسائل هذا النوع في الصرف إن شاء الله تعالى - والله أعلم.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من النسختين: ظ، وم.

الفصل الثامن
في بيان أحكام الشراء الفاسد والتصرف في المملوك بالعقد الفاسد

١٢٢٥٨- البيع الفاسد ينعقد عندنا، والملك موقوف على وجود القبض، ويشترط أن يكون القبض بإذن البائع، نص عليه القدوري رحمه الله تعالى في كتابه، ولفظ القدوري: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد، فهو كما لم يقبض، قال ثمة: وهذه الرواية هي المشهورة.

١٢٢٥٩- وفي الزيادات: إذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد من غير إذن البائع ونهيه، فإن قبض في المجلس يصح القبض استحسانا، ويثبت الملك فيه للمشتري، وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس، لا يصح قبضه قياسا واستحسانا، ولا يثبت الملك فيه للمشتري.

وإن أذن له بالقبض، فقبض في المجلس، أو بعد الافتراق عن المجلس، صح قبضه، ويثبت الملك قياسا واستحسانا.

وفي التتمة: ولو كان وديعة عنده، وهي حاضرة ملكه، وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله تعالى أنه قال: يجب أن يجوز القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير إذنه إذا كان أدى الثمن، والتخلية في البيع الفاسد ليست بقبض، كذا في شرح الزيادات.

١٢٢٦٠- وذكر في الجامع مسألة تدل على أنها قبض، وصورة ما ذكر في الجامع: إذا اشترى الرجل عبدا من رجل شراء فاسدا، والعبد وديعة عند المشتري، إلا أنه ليس بحاضر عند الشراء، فأعتقه المشتري، كان عتقه باطلا؛ لأن الملك في الشراء الفاسد لا يثبت بدون القبض، وما وجد من القبض لا ينوب عن قبض الشراء؛ لأنه قبض وديعة، وقبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء، وبدون الملك لا يثبت العتق، فإن رجع المشتري إلى الوديعة وقبضه حقيقة، أو تخلى به، بحيث يكون قابضا له، ثم أعتقه، صح الإعتاق؛ لأنه يصير قابضا بإذن البائع [كما لو كان الشراء جائزا، ورجع المودع إلى بيته، وتخلى به، فإن هناك يصير قابضا بإذن البائع](١)، حتى لا يكون للبائع ولاية الاسترداد، فههنا كذلك، وإذا صار قابضا بإذن البائع، صار المبيع ملكا له بالعقد السابق، والإعتاق صادف ملك نفسه، ألا ترى أن محمدا رحمه الله تعالى أثبت الملك للمشتري في هذه الصورة، إذا تخلى بالعبد، حتى جوز إعتاقه،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذه العبارة من [illegible]

والملك في البيع الفاسد [لا يثبت بدون القبض، ثم إن الملك وإن كان يثبت في البيع الفاسد] [1] عند اتصال القبض به عندنا، إلا أن هذا ملك مستحق النقض، إعدامًا للفساد؛ لأن إعدام الفساد واجب حقًا للشرع، ولأجل ذلك قلنا: إنه يكره للمشتري أن يتصرف [فيما اشترى] [2] شراءً فاسدًا بتمليك أو انتفاع؛ لأن الفسخ مستحق إعدامًا للفساد، وفي التصرف تقرير الفساد مع هذا، لو تصرف فيه تصرفًا، نفذ تصرفه لمصادفته ملكه، ولا ينقض تصرفه، ويبطل به حق البائع في الاسترداد، سواء كان تصرفًا يحتمل النقض بعد ثبوته، كالبيع والإجارة والرهن، أو لا يحتمل النقض بعد ثبوته، كالإعتاق والتدبير، وأشباه ذلك، إلا الإجارة والنكاح [فإن هذه التصرفات لا تبطل حق البائع في الاسترداد على ما يبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، فلم يجعل للبائع بيعًا فاسدًا حق نقض تصرفات المشتري فيما سوى الإجارة والنكاح] [3] مع أن للبائع حقًا في المشترى شراءً فاسدًا، وهو حق الأخذ، وجعل للشفيع حق نقض جميع تصرفات المشتري مع أن له في الدار المشفوعة حقًا.

واختلف عبارة المشايخ في بيان الفرق، بعضهم قالوا: الحق في المشترى شراءً فاسدًا للبائع، وهذه التصرفات من المشتري حصلت عن تسليط البائع؛ لأن البائع أوجب له الملك المطلق لهذه التصرفات، فتكون هذه التصرفات حاصلة عن تسليطه، فيكون راضيًا به، فيظهر نفاذها في حقه، فلا يكون له إبطالها بعد ذلك. فأما الحق في الدار المشفوعة للشفيع، وهذه التصرفات لم تصدر بتسليط من جهة الشفيع، حتى يكون راضيًا بنفاذها؛ لأن التسليط إنما يثبت بالإذن نصًا، أو بإثبات الملك المطلق للتصرف، ولم يوجد واحد منهما من الشفيع، فكان تصرف المشتري حاصلًا بغير تسليط من الشفيع، فكان له حق النقض، ولأجل هذا المعنى وقع الفرق في الشراء الفاسد بين البيع والهبة والرهن، وبين الإجارة؛ لأن الإجارة تصرف في المنافع مقصودًا؛ لأنها موضوعة لتمليك المنافع، والتسليط من البائع في حق المنفعة ما ثبت مقصودًا؛ لأن البيع لإيجاب ملك الرقبة مقصودًا، ولإيجاب ملك المنفعة تبعًا، والتصرف من المشتري في المنفعة حصل مقصودًا، فلم يكن حاصلًا بتسليط البائع، فكان له حق النقض، كما كان للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري؛ لما لم يكن حاصلًا بتسليطه، فأما الرهن والهبة

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسختين: ظ و ف.

(2) كذا في ظ و ف، وكان في الأصل: عبارة المشتري ... إلخ.

(3) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسختين: ظ و ف.

والبيع فهذه تصرفات حصلت في العين مقصودًا، والتسليط من البائع في حق تصرفه يرد على العين ثابت مقصودًا؛ لأن التسليط بإيجاب الملك، والملك يثبت له في الرقبة مقصودًا، وهذا معنى ما يقول في الكتاب: وهذا عذر في الإجارة، يريد بالعذر عذرًا، ومع أن الإجارة لم تحصل بتسليط البائع، فكان كالبائع نفسه، وبعضهم قالوا: فسخ البيع حق الله تعالى إعدامًا للفساد، وبهذه التصرفات يتعلق حق العبد بالمحل، وحق العبد مع حق الله تعالى إذا اجتمعا، يرجح حق العبد على حق الله تعالى لحاجة العبد، وغنى الله تعالى، إلا أن الإجارة عقد ضعيف، يفسخ بالأعذار، وفساد الشراء عذر في فسخها، فتفسخ، ويسترد المشتري إعدامًا للفساد، ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: من يفسخ الإجارة؟ وذكر في «النوادر»: أن القاضي هو الذي يفسخ، وكأنه مال إلى أن فسخ الإجارة بالعذر مختلف فيه، فيعتبر فسخ القاضي لتصير المسألة متفقًا عليها، والتزويج مثل الإجارة؛ لوروده على المنفعة، والبيع يرد على ملك الرقبة، والفسخ يرد على ملك الرقبة أيضًا، فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله.

١٢٢٦١- ولو أوصى بالعبد، ثم مات، بطل حق الفسخ، وما يشبه هذا الوارث [أريد به أن المشتري شراءً فاسدًا إذا مات، لا يبطل حق الفسخ، وكان للبائع أن يسترد العبد من وارث المشتري](1)

والفرق: هو أن ملك الموصى له ملك متجدد ثبوته بسبب مبتدأ، ولهذا لا يرد بالعيب، ولا يرد عليه، فيشبه ملك المشتري، وما أشبهه، فينقطع به حق الفسخ، فأما ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه، وذلك الملك كان مستحق النقض والفسخ، فانتقل إلى الوارث، كذلك [ولو مات البائع، كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد، المسألة الأولى في بيوع «القدوري»، والثانية في نكاح «الجامع» على سبيل الاجتهاد](2).

١٢٢٦٢- ولو كان المشتري ثوبًا، وقطعه المشتري، وخاطه، أو بطنه، وحشاه، بطل حق الفسخ؛ لأن هذه المعاني لو وجدت من الغاصب، انقطع به حق المالك، مع أن حق المالك أبطأ سقوطًا، فلأن يسقط بهذه المعاني حق الله تعالى، وأنه أسرع سقوطًا كان أولى.

ولو صبغ الثوب، فقد روي عن محمد رحمه الله تعالى أن البائع بالخيار، إن شاء أخذه،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة «م».

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة «م».

وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ضمنه قيمته، كما في الغصب، وأطلق أبو الحسن الجواب في الصبغ أنه ينقطع به حق البائع في الفسخ، وهو محمول على التفصيل الذي ذكرنا، وإن كان الجواب[1] كما أطلق، فوجهه أن حق الفسخ ههنا أسرع سقوطًا من حق الاسترداد في الغصب، ولهذا سقط بالبيع والهبة، ونحو ذلك، فجاز أن يسقط بهذا، بخلاف الغصب.

١٢٢٦٣ - ولو كان المشترى دارًا، فبنى المشتري فيها بناء، بطل حق الفسخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله تعالى: لا يبطل اعتبارًا بالغصب، إذا بنى في المغصوب بناء؛ حيث لا ينقطع به حق المغصوب منه، ولهما أن النقض في البيع الفاسد ما كان لحق البائع، وإنما كان حقًا للشرع ليندفع به الفساد، وقد ذكرنا أنه إذا تعلق به حق آخر، يمنع النقض، إلا إذا بنى المشتري في الدار بناء، ولعله لم يتناول البناء، صار ثبوت حقه في البناء بمنزلة حق ثالث في البيع الثاني، بل أولى؛ لأن الضرر الذي يلحق المشتري بنقض البناء فوق الضرر الذي يلحق الثالث بنقض شرائه، فإذا لم ينقض حق ثالث في البيع الثاني، فلأن لا ينقض حق المشتري في البناء كان أولى، بخلاف ما لو صبغ المشتري الثوب المشترى شراء فاسدًا؛ لأن حق المشتري لا يبطل بالنقض، بل ينتقل إلى القيمة، وههنا يبطل حق المشتري في البناء إذا نقض البناء[2]، وبخلاف الغصب؛ لأن حق النقض كان حق المغصوب منه، وحق المغصوب منه في العرصة قائم من كل وجه، فرجحنا جانب المغصوب منه، إما لأن العرصة أصل، والبناء تبع، أو لأن الغاصب متعدٍ، والمغصوب منه مظلوم، بخلاف ما إذا غصب ساجة، وأدخلها في البناء، حيث ينقطع حق المغصوب منه؛ لأن حق المغصوب منه ثمة صار هالكًا من وجه، وحق الغاصب قائم من كل وجه، وحق المغصوب منه يعود إلى بدل، وحق الغاصب يعود لا إلى بدل، فرجحنا حق الغاصب لهذا، بخلاف ما تقدم. وفي كل موضع تعذر رد المشتري شراء فاسدًا على البائع، فعلى المشتري المثل فيما هو من ذوات الأمثال، والقيمة فيما ليس من ذوات الأمثال.

والأصل أن المقبوض بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة فيما لا مثل له، وبالمثل فيما له مثل؛ لأن المقبوض في العقد الفاسد مضمون بجهة القبض، فصار كالمغصوب، وهذا لأن الأصل في الضمانات القيمة؛ لأنها هي العدل، وإنما يصار إلى المسمى في موضع صحت التسمية تحرزًا عن [illegible]، والتسمية هنا لم تصح، فبقي الضمان الأصلي، وهي القيمة، ثم

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من نسخة [illegible].

(٢) وفي م: إذا نقض البيع؛ لأنه [illegible] بخلاف الغصب.

البيع في البيع، وتعذر فسخ العقد في المبيع بسبب الهلاك، بخلاف ضمان النقصان؛ لأن هناك العقد انفسخ فيما بقي من المبيع بالاسترداد فيعتبر البيع منفسخاً في حق الجزء الفائت حكماً لانفساخ البيع في الأصل، وإذا اعتبر البيع منفسخاً في حق الجزء الفائت، كان ما وجب عليه بمقابلة الجزء الفائت بدلا عن ملك البائع، فكان للبائع حق الأخذ من الجاني، فلهذا افترقا.

١٢٢٦٦ - وبما ذكر من المعنى ظهرت التفرقة بين المشتري شراء فاسداً وبين المغصوب، فإن المغصوب إذا قتل في يد الغاصب كان للمالك أن يضمن القاتل إن شاء؛ لأن ما وجب على القاتل بقتل المغصوب بدل ملك المالك؛ لأن المغصوب باق على حكم ملك المالك، وكان للمالك أن يأخذ ذلك من القاتل، ولا كذلك المشتري شراءً فاسداً على ما بينا، وقد ذكرنا أن البيع الفاسد مستحق النقض والفسخ إعدامًا للفساد، وإزالة للحرام.

وقال القدوري في كتابه : وأيهما فسخ البيع قبل القبض، فسخه جائز على صاحبه، إذا كان بمحضر من صاحبه، أي بعلم صاحبه؛ لأن الفسخ مستحق الشرع، منتفي اللزوم عن العقد، فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار للمتعاقدين، فيكون كل واحد منهما يستقل من فسخه بغير رضى الآخر، لكنه يتوقف على علم الآخر؛ لأنه إلزام موجب للفسخ، فلا يلازمه إلا بعلمه.

وفي شهادات "الجامع": ذكر محمد مسألة البيع الفاسد، وذكر فرعها، ولو كان بنقض القاضي بالبيع بين البائع والمشتري بمحضر من البائع ورضاه، شرط حضرة البائع، ورضاه لصحة النقض.

وفي موضع آخر شرط حضرة البائع، ولم يشترط رضاه بعض مشايخنا، قالوا: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع اشتراط حضرة البائع دون رضاه أن يكون الشرط الفاسد مشروطًا للمشتري، والمشروط له الفاسد يملك فسخ البيع الفاسد بمحضر صاحب رضي صاحبه بذلك، ولم يرض موضوع اشتراط حضرة البائع، أو رضاه أن يكون الشرط الفاسد مشروطًا للبائع دون المشتري.

١٢٢٦٧ - ومن لم يشترط الشرط الفاسد إذا نقض البيع الفاسد، لا يصح نقضه إلا بمحضر من صاحبه ورضاه، وإذا قبض المبيع، فكل بيع لا يصح حذف المفسد عنه مثل البيع بالخمر والخنزير، فهو ما ذكرنا قبل القبض؛ لأن وجوب الفسخ لحق الشرع، وإنه متحتم[1].

---

(١) هكذا في "ب" و "م"، ولعل الصحيح: وإنه مستحق.

وكان كل واحد منهما سبيل منه، وإن كان الفساد بسبب شرط يقبل الخلاف، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لكل واحد من المتعاقدين الفسخ.

وقال محمد: إن وجد الفسخ عن له منفعة في الشرط، صح، وإن فسخ الآخر، لم ينفسخ، وذلك مثل الشراء بأجل مجهول إلى العطاء، وما أشبه ذلك، وكذلك الخيار الفاسد.

وجه قول محمد: إن صاحب الشرط إذا كانت منفعة إليه، كان قادراً على تصحيح العقد بإسقاط الأجل، فإذا فسخ الآخر، فقد أبطل حقاً ثابتاً لغيره، فلا يجوز.

وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان: بأن الفسخ يستحق حقاً للشرع، فانتفى اللزوم عن العقد، والعقد إذا كان غير لازم، فلكل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخه أكثر ما في الباب، أن من له الخيار قادر على التصحيح بالحذف، ولكن الكلام قبل الحذف، وهو بمنزلة الإيجاب، إذا وجد من البائع، كان المشتري سبيل من القبول.

ثم البائع لو رجع قبل قبول المشتري، صح، ولا يقال: بأن رجوعه يتضمن إبطال حق القبول على المشتري، كذلك هنا.

١٢٢٦٨ - وإن كان المشتري جارية، فاستولدها المشتري حتى وجب القيمة، هل يغرم العقر؟ ذكر في كتاب البيوع: أنه لا يغرم، وذكر في كتاب الشرب: أنه يغرم.

قال شمس الأئمة السرخسي في شرحه: ما ذكر في كتاب الشرب تأويله: أن المشتري وطئها ولم يعلقها(١)، وقد وضع المسألة في كتاب البيوع فيما إذا أعلقها، وذكر: أنه لا عقر عليه.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه: إذا لم يعلقها، يجب العقر باتفاق الروايات، وإذا أعلقها، ففيه روايتان، وهكذا ذكر الطحاوي في كتابه، وهو الصحيح.

يجب أن يعلم بأن من اشترى جارية شراءً فاسداً لا يكون له أن يطأها إما لأن الثابت له بالشراء الفاسد ملك حرام، والملك الحرام لا يبيح الوطء، كما لا يبيح الأكل والشرب واللبس، أو لأن الملك غير ثابت في حق الوطء، لكون البيع فاسداً، فإن وطئها ولم يعلقها، كان للبائع أن يستردها؛ لأن الجارية قائمة بعينها، كما قبل الوطء، وإذا استردها، ضمن المشتري عقرها للبائع.

فرق بين هذا وبين الموهوب له، إذا وطئ الجارية، ثم رجع الواهب، فإنه لا يضمن للواهب عقراً، وههنا قال: يضمن.

(١) وفي ب: ولم يعلقها، وما ذكر في البيع تأويله.

ووجه الفرق بينهما، وهو أن الموهوب له حين وطئ، وطئ ملك نفسه ملكًا حلالًا؛ لأن الملك ثابت له، وهو ثابت بوصف الحل؛ لكون السبب مشروعًا، ولهذا حل له الوطء، وبالرجوع لم يظهر أن الملك لم يكن له وقت الوطء؛ لأن الرجوع لا يستند إلى وقت العقد، بل يقتصر على حال وجوده؛ لأنه فسخ للعقد، وإذا اقتصر على حال وجوده صار واطئًا ملك نفسه، فلم يكن عليه عقر. فأما ههنا فالملك في حق الوطء غير ثابت؛ لكون السبب فاسدًا، ولهذا لم يحل له الوطء، وإذا لم يثبت الملك في حق الوطء، كانت الجارية في حق الوطء كالمغصوبة، فإذا لم يحد للشبهة وجب العقر، كما في الغاصب. هذا الذي ذكرنا، إذا لم يعلقها.

فأما إذا أعلقها يضمن قيمتها؛ لأنه بالإعلاق صيرت أم ولد له، فعجز عن ردها، فكان عليه رد قيمتها، كما لو أعتق.

١٢٢٦٩ - وإذا وجبت القيمة، هل يجب العقر؟ فعلى قول شمس الأئمة السرخسي: لا عقر رواية واحدة[1]، كما ذكرها في كتاب البيوع.

وعلى ما ذكره شيخ الإسلام في المسألة روايتان: على رواية كتاب البيوع: لا عقر عليه، وعلى رواية كتاب الشرب: عليه العقر، وجه ما ذكر في كتاب الشرب: أن الجارية وإن كانت ملكًا للمشتري وقت الوطء؛ إلا أن للبائع حق الاسترداد في جميع الجارية، وبالوطء أبطل على البائع حق الاسترداد فيما استوفى بالوطء، فيضمن قيمة ما استوفى، كما لو كان استوفى ملك البائع؛ لأن الحق معتبر بالحقيقة.

وجه ما ذكر في كتاب البيوع: أن حق البائع في المستوفى لا يكون أكثر حالًا من حقيقة الملك، ولو كان حقيقة الملك للغير، إذا تقرر عليه الضمان، لم يضمن العقر، كما في الغاصب، فههنا أولى.

١٢٢٧٠ - وفي «نوادر ابن سماعة»: عن محمد: رجل اشترى من آخر جارية شراءً فاسدًا، وقبضها، وولدت في يده أولادًا، ومتن، ثم إن البائع ضمن المشتري قيمة الجارية يوم قبضها، فإن البائع يأخذ من المشتري أولادها، ولا يجعل المشتري مالكًا للجارية يوم قبضها، يعني ملكًا صحيحًا فيما يحكم به في أولادها.

قال الحاكم أبو الفضل: خالف بين المشتري شراءً فاسدًا، وبين المشتري من الغاصب؛ فإن الجارية إذا ولدت في يد المشتري من الغاصب، ثم ليبيع فيها بتضمين البائع، فإن هنا يتم

---

(١) هكذا في [illegible] وكذا في ظ [illegible] واحدة، وعليه يحمل رواية كتاب البيوع.

البيع من جميع الجهات.

وفي «المنتقى»: في باب حكم الشراء الفاسد في أوله: رجل اشترى من آخر جارية شراءً فاسداً، ثم إن المشتري وطئها، وولدت منه أولاداً، ثم استحقها رجل يأخذها، ويأخذ عقرها وولدها، ولا يرجع المشتري على البائع إلا بالثمن؛ لأنه ليس بمغرور.

ألا ترى أنها لو ولدت من غير المشتري، كان له أن ينقض البيع، ويأخذها، وولدها من المشتري.

وذكر في هذا الباب عن أبي يوسف: أن المشتري يرجع بقيمة الولد على البائع، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في باب الاستحقاق من «المنتقى».

وفي باب حكم الشراء الفاسد عن محمد في «المنتقى» أيضاً: رجل اشترى من آخر أمة شراءً فاسداً، وزوجها من رجل بمهر مسمّى، فوطئها الزوج، وقد كانت بكراً، ثم إن البائع خاصم فيها وأخذها، فالنكاح جائز، والمهر للبائع، فإن كان فيه وفاء بنقصانها من ذهاب العذرة فلا شيء على المشتري، وإن كان النقصان أكثر من المهر رجع به على المشتري.

١٢٢٦١ - وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل اشترى من آخر أمة شراءً فاسداً، وزوجها من رجل بمهر مسمّى، فوطئها الزوج، ثم إن البائع خاصم فيها وأخذها، فعلى المشتري الأكثر من مهر مثلها، ومما نقصها التزويج، وللمشتري على الزوج مهرها الذي سمى الزوج، فإن كان فيه فضل، تصدق به، والنكاح على حاله.

وكذلك إن طلقها طلاقاً لم يراجعها، وإن مسها واحدة بائنة، فعليه مهر مثلها، ولا نقصان عليه.

وذكر هذه المسألة في «المنتقى» مرة أخرى، وذكر أن على المشتري مهر مثلها، وما نقصها التزويج.

وفي «نوادر هشام»: قال: سألت محمداً عن رجل اشترى من آخر غلاماً شراءً فاسداً، وقبضه ثم باعه، أو استهلكه بعد ما ازداد، قال: أخبرني أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله قالا: عليه قيمته يوم قبض.

وقال محمد رحمه الله: أنا أنظر عليه قيمته يوم استهلكه، هذا إذا كانت الزيادة من حيث السعر، وإن كانت الزيادة من حيث البدن، فهذه في قول محمد أيضاً قيمته يوم قبض.

١٢٢٦٢ - وفي «شرح الجامع»: رجل اشترى من آخر عبداً شراءً فاسداً، وقبض المشتري

أيضاً، ولكن لا يجب مثل ذلك ديناً في ذمة المشتري، وإنما يجب قيمة المبيع عند القبض والقيمة غير متقررة قبل الهلاك؛ فإنها تحتمل السقوط في كل ساعة بزمان بالفسخ، فأما دين المشتري على البائع متقرر؛ فلم يتفقا وصفاً، والمقاصة إنما تقع عند الاستواء في الوصف، ولهذا لم تقع المقاصة بين المؤجل والحال لعدم استوائهما وصفاً وإذا لم تقع المقاصة، لم يصر البائع مستوفياً الثمن بالمقاصة ليعتبر ذلك بالاستيفاء حقيقة، فإن مات البائع وعليه ديون كثيرة، والعبد عند المشتري، ففيما إذا وقع الشراء فاسداً، لا يكون المشتري أحق بالعبد؛ لأنه لم يكن أحق بالعبد حال حياة البائع، حتى لم يكن له حق حبس العبد، فلا يكون أحق به بعد وفاة البائع، فيباع العبد، ويقسم الثمن بين غرماء البائع، والمشتري من جملتهم، وفيما إذا وقع الشراء جائزاً، يجب أن يكون المشتري أحق بالعبد؛ لأنه كان أحق بالعبد حال حياة البائع، حتى كان له حق حبسه من البائع، فيكون أحق به بعد وفاته أيضاً.

١٢٢٧٣ - وفي "الجامع الصغير" أيضاً: رجل اشترى من آخر عبداً شراءً فاسداً على أن البائع فيه بالخيار، وقبض المشتري العبد في مدة الخيار بإذن البائع، فأعتقه في مدة الخيار، لا ينفذ إعتاقه؛ لأن الفاسد من العقود ملحق بالجائز في حق الأحكام، وخيار البائع في العقد الجائز يمنع ثبوت الملك للمشتري، فكذا في العقد الفاسد، وإنما صح الخيار في البيع الفاسد وإن كان البيع الفاسد غير لازم؛ لأن فيه فائدة، حتى يمنع انعقاده في حق الحكم، وهو الملك؛ فإن البيع الفاسد العاري عن شرط الخيار منعقد في حق الحكم، ولهذا يفيد الملك عند اتصال القبض به، ومع شرط الخيار لا يفيد الملك عند اتصال القبض به، فكان شرط الخيار في البيع الفاسد مفيداً، فصح شرط الخيار لهذا، ولو أعتقه المشتري بعد ما سقط الخيار بإسقاطها، أو بمضي المدة، صح إعتاقه؛ لأن عند زوال الخيار يثبت الملك للمشتري بالسبب السابق، ولا يحتاج فيه إلى تجديد القبض؛ لأن قبضه الأول موجب ضمان القيمة، وكان مضموناً بضمان نفسه، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء الصحيح، فينوب عن قبض الشراء الفاسد.

١٢٢٧٤ - قال في "المنتقى": رجل اشترى من آخر عبداً شراءً فاسداً بألف درهم، وتقابضا، ثم إن البائع استرد العبد بحكم فساد العقد، كان للمشتري أن يأخذ القيمة، إن وجدها بعينها، ولا يكون للبائع أن يمنعه منها، قال ثمة: ألا ترى أن البائع لو مات، كان المشتري أحق بالقيمة، فهذا إشارة إلى أن الدراهم والدنانير يتعينان في البيوع الفاسدة، وهكذا ذكر في كتاب الصرف، ووجه ذلك أن المقبوض بحكم العقد الفاسد يشبه المغصوب؛ لأن أول القبض يلاقي ملك المشتري، ثم يصير مملوكاً للبائع عند تمام القبض، كما في جانب المبيع، فإن

أوان القبض في المبيع يلاقي ملك البائع، ثم يصير مملوكاً للمشتري عند تمام القبض، والدراهم والدنانير يتعينان في الغصب، فكذا في العقد الفاسد.

قال هشام: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من رجل غلاماً شراءً فاسداً بألف درهم، وقبضه المشتري، ثم اشتراه منه البائع بمائة درهم شراءً صحيحاً، قال: إن قبضه البائع، فهو نقض البيع الأول، وإن لم يقبضه، فليس بنقض له.

بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل اشترى من آخر عبداً شراءً فاسداً، وقبضه، ثم باعه من غيره، ثم تفاسخا البيع، وعاد المشتري الثاني العبد على المشتري الأول، ثم جاء البائع الأول، وخاصم المشتري الأول في البيع الفاسد، فلا سبيل له عليه؛ لأن الإقالة بيع مستقبل في حق الثالث، فصار نظير الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، وقد مر الكلام فيه.

١٢٢٧٥- ولو رده من اشترى بيعاً فاسداً، ويسلمه إليه، فإن خاصم البائع الأول المشتري الأول، فرده القاضي عليه، وإن لم يخاصمه حتى خاصم المشتري الأول المشتري الآخر في العيب، وفسخه القاضي، ثم خاصمه الأول، فإنه يرد عليه.

الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل اشترى من رجل جارية شراءً فاسداً، وقبضها، وولدت في يد المشتري ولداً من غير المشتري، فإن كان في الولادة وفاء بنقصان الولادة، لم يضمن نقصانها، وإن لم يكن في الولد وفاء بالنقصان، أخذ البائع تمام النقصان. فإن زاد الولد بعد ذلك زيادة يكون وفاء بالنقصان، فإن المشتري يرجع على البائع بما ضمن من قيمة نقصان الولادة، فإن نقص الولد بعد ذلك، لا يلزمه شيء، والحكم فيما بين الغاصب والمغصوب منه إذا ولدت الجارية عند الغاصب، وفي الولد وفاء بنقصان الولادة نظير الحكم فيما بين البائع والمشتري في الشراء الفاسد، وهذا شيء يجب أن يحفظ.

١٢٢٧٦- بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبداً شراءً فاسداً، فلم يقبضه حتى قال للبائع: أعتقه عني، فأعتقه عنه، كان العتق عن البائع، ولا يكون للمشتري.

١٢٢٧٧- ولو اشترى حنطة شراءً فاسداً، فأمر البائع أن يطحنها، فطحنها، فالدقيق للبائع، وكذلك لو كانت شاة، فأمره بذبحها.

١٢٢٧٨- ولو اشترى قفيز حنطة شراءً فاسداً، وأمر المشتري البائع حتى خلطه بطعام المشتري، فهذا قبض، وعلى المشتري مثله.

١٢٢٧٩- رجل اشترى قضباناً، أو قضبان كرم، أو قضبان شجر شراءً فاسداً، وقبضه

للدخول بها، كان على البائع أن يرد على المشتري ما أخذ من النقصان، قال: ألا ترى أنه لو لم يكن تزويج، ولكن ابيضت إحدى عينيها في يد المشتري، ثم إن المشتري ردها، ورد معها نصف القيمة، ثم ذهب البياض، وعادت إلى الحالة الأولى، فإن البائع يرد على المشتري ما أخذ من نصف القيمة، وطريقه ما قلنا.

١٢٦٨١ - وفي نوادر ابن سماعة: رجل قال لغيره: اشتريت منك عبدك بهذا الثمن الذي في هذا الزق، فباعه إياه بذلك الزق، والزق بحضرتهما، ففتحه، فإذا لا شيء فيه، وقد قبض المشتري العبد، وأعتقه، فالعتق جائز، فإنه اشتراه بالثمن، ولم يسمّ ما هو؟ وكذلك لو قال: اشتريته منك بهذا الثوب، وأشار إلى شيء يريد أن يريه وهما يعلمان أنه ليس في ذلك الموضع ثوب.

١٢٦٨٢ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع»: رجل اشترى من آخر جارية شراء فاسداً، وقبضها بإذن البائع، فأراد البائع أن يستردها بحكم الفساد، فأقام المشتري بينة أنه باعها من فلان بكذا، فإن صدقه البائع فيما قال، ضمنه قيمتها؛ لأنهما تصادقا على أنه تعذر ردها لخروجها عن ملك المشتري، وإن كذبه البائع فيما قال، كان للبائع حق استرداد الجارية؛ لأن حق البائع قد ثبت في الاسترداد بحكم فساد البيع، فلو امتنع الاسترداد إنما يمتنع بحكم هذه البينة، وتعذر القضاء بهذه البينة؛ لما فيه من القضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر، فإن استرد البائع الجارية، ثم حضر الغائب، وصدق المشتري فيما قال: كان للذي حضر أن يسترد الجارية من البائع الأول؛ لأن التصديق يستند إلى وقت الإقرار؛ لأن ذلك الإقرار وقع صحيحاً؛ لأنه حصل لمعلوم، وإذا استند التصديق إلى وقت ذلك الإقرار ظهر أن استرداد البائع الأول وقع باطلاً، وكان للذي حضر أن يأخذ الجارية من البائع الأول، فإن كان البائع الأول صدق المشتري فيما قال، وأخذ القيمة، ثم حضر الغائب، لم يكن للبائع الأول استرداد الجارية، سواء صدق الذي حضر المشتري، أو كذبه، أما إذا صدقه فظاهر، وأما إذا كذبه: فلأن البائع الأول أقر ببطلان حقه في الاسترداد، وإقرار كل إنسان حجة في حقه، فلا يعود حقه في الاسترداد بتكذيب البائع.

ولو قال المشتري: بعتها من رجل، ولم يسمه، وكذبه البائع؛ كان للبائع أن يستردها؛ لأنه لو أقر لمعلوم، وكذبه البائع، كان للبائع أن يستردها، فإذا أقر لمجهول أولى، فإن استرد البائع، ثم جاء رجل، فقال المشتري: إنما بعتها هذا، فإن كذبه ذلك الرجل المشتري، فالاسترداد ماض، وإن صدقه فكذلك؛ لأن الإقرار حال وجوده وقع باطلاً لحصوله لمجهول،

إلا أن بعد الاسترداد هو مصر على إقراره، فيلحق التصديق بهذا الإقرار، وصار كأنهما تصادقا بعد استرداد البائع، وبه لا يبطل استرداد البائع، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك الإقرار ولم يصح لوقوعه للمعدوم، واستند التصديق إليه، ومن ضرورته بطلان الاسترداد. قال في الكتاب: وهو نظير ما لو قال المشتري: إنها ابنت لي، لا يبطل به حق البائع في الاسترداد.

ولو قال: إنها لفلان، فإن صدقه البائع في ذلك؛ بطل حق البائع في الاسترداد، وإن كذبه البائع في ذلك، استرد العين، فإن حضر المقر له، وصدق المشتري، أخذ الجارية وبطل استرداد البائع، وإن كذبه، فالاسترداد ماض. والله سبحانه وتعالى أعلم.

منك هذا العبد لفلان، وقال صاحب العبد: بعت منك، وذكر أن الصحيح أن العقد[1] يتوقف، ولا ينفذ على الفضولي.

[وذكر محمد في وكالة الجامع في آخر باب الوكالة في البيوع ما يضمن ولا يضمن مسألة تدل على الفضولي إذا اشترى وهو من أهل أن ينفذ عليه ينفذ عليه، ولا يتوقف، وإن أضاف الشراء إلى المشتري له نصًا، وكتب تعليقًا، أن هذا فصل اختلف فيه المتأخرون، واختلافهم فيه بناء على اختلاف الروايات عن محمد، و[2] في شروح الطحاوي أيضًا: أن الفضولي إذا باع مال الغير، فهو على وجهين: إن باعه بثمن لا يتعين بالتعيين، فإنما يلحقه الإجازة بقيام الأربعة: البائع، والمشتري، والمالك، والمبيع، ولا يشترط لصحة الإجازة قيام الثمن في يد البائع، فإن أجاز المالك البيع في حال قيام الأربعة، جاز البيع، ويكون البائع كالوكيل للمجيز، والثمن للمشتري إن كان قائمًا، وإن هلك في يد البائع، هلك أمانة، وإن باعه بثمن يتعين بالتعيين، يشترط مع ذلك قيام الثمن لصحة الإجازة، ثم إذا صحت الإجازة في هذا الوجه، وهو ما إذا كان الثمن شيئًا يتعين بالتعيين، وكان الثمن قائمًا، فالثمن يكون للبائع دون المجيز؛ لأن البائع صار مشتريًا للثمن إذا كان الثمن شيئًا يتعين بالتعين، والشراء ينفذ على المشتري، ولا يتوقف، ويرجع المجيز على البائع بقيمة ماله إن كان من ذوات القيم، وبمثله إن كان من ذوات الأمثال.

[١٢٢٨] - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا باع متاع غيره بغير إذنه، ثم مات، فأجاز صاحب المتاع البيع، لا يجوز، وأنه موافق لما ذكره الطحاوي، فرق بين هذا وبين النكاح، والفرق أن البيع إذا جاز، يصير البائع وكيلا؛ لما عرف أن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، فترجع إليه الحقوق، والميت لا يصلح وكيلا، ولا كذلك النكاح، فإن هناك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل.

وفي نوادر ابن سماعة: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: أرأيت رجلا غصب من آخر حيوانًا، وباعه من آخر، فأجاز المغصوب منه البيع، ولا يعلم ما حال المغصوب، قال محمد رحمه الله تعالى: البيع جائز حتى يعلم أنه تلف، قال: وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع ببغداد، وقال: البيع فاسد حتى يعلم حياته، فإن قال المشتري: المبيع كان هالكًا وقت الإجازة، وقال البائع: إنما مات بعد الإجازة، فالقول قول البائع.

---

(١) وفي م: أن العقد الفاسد يتوقف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة: م.

١٢٢٨٥ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى(١): رجل باع ثوب غيره بغير أمره، فقطعه المشتري وقبضه، ثم أجاز رب الثوب البيع، جاز، ولو قطعه وخاطه، ثم أجاز البيع، لم يجز؛ لأن المبيع قد هلك من وجه، وصار شيئاً آخر [من وجه](٢) ألا ترى(٣) أن الغاصب إذا فعل ذلك، ملكه.

١٢٢٨٦ - وفي نوادر ابن سماعة: إذا باع أحد الشريكين نصف الدار مشاعاً، ينصرف إلى نصيبه، ولو باع فضولي نصف الدار المشتركة بين رجلين، ينصرف البيع إلى نصيبهما، فإن أجاز أحدهما، صح البيع في النصف الذي هو نصيب المجيز، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد وزفر: البيع جائز في ربعه، ولو وهب نصيبه من الدين المشترك للمديون، جازت الهبة في نصيبه، ولو وهب نصف الدين مطلقاً، تنفذ الهبة، كما لو وهب نصف العبد المشترك.

هشام عن محمد رحمه الله تعالى في غلام بين رجلين، لست منه بكبير في الأشياء، قال أحدهما لصاحبه: قد وكلتك ببيع نصيبي من هذا الغلام، فباع المأمور نصف الغلام بعد هذا القول، ثم بين أي النصفين هو، ثم مات العبد بعد تسليم المبيع منه، فقال البائع بعد موته: قد بعت نصيبي، فالقول قوله.

١٢٢٨٧ - قال في الجامع الكبير: رجل باع عبد غيره بغير أمر صاحبه بألف درهم، وقبله المشتري، وباعه آخر من رجل آخر بألف درهم بغير أمر صاحب العبد، فقبله المشتري الثاني، توقف العقدان؛ لأنه لا مزاحمة في التوقف، وإذا بلغ المولى ذلك، فأجازهما تنصف العقدين؛ لأن البيعين تعارضا في الحكم، وليس أحدهما بأولى من الآخر، والمحل قابل للتنصيف، فينصف، ويكون لكل واحد من المشتريين الخيار؛ لأن كل واحد منهما إنما أقدم على الشراء رغبة في الكل، ولم يسلم لكل واحد منهما إلا النصف.

١٢٢٨٨ - وكذلك لو وكل المولى رجلين كل واحد منهما ببيع العبد، فباعه كل واحد منهما من رجل على حدة، ووقع العقدان جميعاً معاً، يحكم بالتنصيف؛ لأنا اعتبرنا الإذن في الابتداء بالإجازة في الانتهاء، ولو وجدت الإجازة في الانتهاء بالبيعين ينصف البيعان، فكذا إذا وجد الإذن بالبيعين في الابتداء، ويخير المشتريان كما قلنا، وكذلك لو كان المولى ولي البيع

(١) هكذا في النسخ.

(٢) وفي النسخة م: ألا ترى أن الغاصب إذا فعل [illegible] لأن صاحب الثوب [illegible] عنه.
ينقص قيمة الثوب [illegible] وفي نوادر ابن سماعة.

فضولي، أيضًا، والمشتري اثنان، باع العبد من رجل بألف درهم بغير أمر المولى، وباع من آخر كذلك، فبلغ المولى، فأجازهما بنصف العقدين.

وكان أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى يقول: تأويل هذه المسألة فيما إذا خرج الكلامان معًا، بأن قال الذي ولي البيع: بعت من كل واحد منكما جميع العبد من هذا بألف، فقبلا جميعًا، ثم أجاز المولى البيعين، فأما إذا حصل ذلك على وجه التعاقب، فالثاني ينقض الأول؛ لأن الفضولي يلتزم العهدة، والناس يتفاوتون في الوفاء بموجب المعاملة، فصار إقدامه على البيع الثاني فسخًا للعقد الأول، والفضولي يملك فسخ العقد الموقوف قبل إجازة المالك، ولهذا لو فسخه صريحًا ينفسخ، فيتضمن إقدامه على البيع من الثاني فسخًا للبيع الأول، فصار كما لو كان المباشر للبيع الثاني هو المالك، وصار كما لو كان المشتري واحدًا، وأكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى على أن ما ذكر في الكتاب أصح، ووجهه أنه لم يوجد من الفضولي فسخ العقد الأول، لا نصًا ولا دلالة، أما نصًا فلا شك، وكذلك دلالة؛ لأنا قلنا: إنه لا مزاحمة في الموقوف، بخلاف ما إذا كان المباشر للعقد الثاني هو المالك؛ لأن المالك أوجب حكم العقد، وبين الحكمين تناف، فانتقض الأول ضرورة، بخلاف ما إذا كان المشتري واحدًا؛ لأن الشراء الثاني لازم في حق المشتري، وإنه ممتنع النفاذ من الجانب الآخر لحق المولى، فصار إقدام المشتري على الشراء الثاني فسخًا للأول، وهو يملك فسخ البيع الأول، فأما هنا إن وجد من المشتري الثاني دلالة الفسخ، إلا أنه لا يملك فسخ العقد الأول، والفضولي وإن ملك الفسخ، لم يوجد منه دلالة الفسخ، فلهذا لا ينفسخ العقد الأول.

٩٢٢٨٩ - ولو باع الفضولي أمة رجل بألف درهم، وزوجها آخر من رجل بمائة دينار، فبلغ المولى، فأجازهما، جاز البيع، وبطل النكاح؛ لأن البيع أقوى، إذ يستفاد به ما يترتب عليه ما يستفاد بملك النكاح، وهو ملك المتعة، وملك النكاح لا يستفاد به شيئًا يترتب عليه ما يستفاد بالبيع، وهو ملك الرقبة، ولهذا لو طرأ البيع على النكاح الموقوف، لا يبطله، ولو استويا، كان ترجيح البيع أولى؛ لأنه يقبل التعدية، والنكاح لا يقبل التعدية.

٩٢٢٩٠ - ولو أعتقها رجل بغير أمره، أو كاتبه، وباعها الآخر، فأجازهما المولى معًا، جاز العتق والكتابة، وبطل البيع؛ لأن البيع يقبل البطلان، والعتق والكتابة لا يقبلان [illegible] من أحد التصرفين مع قيام البيع في النصف الآخر، فيجب ترجيح العتق والكتابة بهذين الوجهين، ولهذا قلنا: لو وكل رجل غيره بأن يعتق عبده، أو يكاتب عبده، ووكل آخر ببيع هذا

(١) هكذا في النسخ، وكان في الأصل والنسخة [illegible]: الرقيق.

يوجب ملك الرقبة ، ولأن البيع قابل للتنصيف ، والرهن لا يقبل التنصيف ؛ لأن رهن المشاع لا يصح ، سواء كان مشاعًا يحتمل القسمة ، أو لا يحتمل القسمة ، فلهذا رجحنا البيع ، ولو كان أحدهما صدقة ، أو هبة ، والآخر رهنًا ، فإن كان في العبد ، فالهبة والصدقة أولى ، لما قلنا في البيع مع الرهن ، وإن كان في الدار بطلا ، إذ لا يمكن تصحيح كل واحد منهما في نصف الدار شائعًا .

فإن قيل : ينبغي أن يترجح الهبة والصدقة ؛ لأنه أقوى منهما ، فإن كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن لا يفيد ملك الرقبة ؟

قلنا : الهبة إن كانت أقوى من هذا الوجه ، فالرهن أقوى من وجه آخر ؛ لأن الرهن عقد ضمان ، والهبة عقد تبرع ، فوقعت المعارضة بين قوة الرهن من هذا الوجه وبين قوة الهبة من الوجه الذي [قلتم] فيثبت[1] المساواة بينهما ، وكان الحكم هو التنصيف ، وواحد من ذلك لا يقبل التنصيف ، ولو كانا رهنين في دار أو عبد ، فذلك كله باطل لتعذر الترجيح ، وتعذر التنصيف ؛ لأن رهن المشاع لا يصح على كل حال ، ولم يجعل هذا بمنزلة الرهن من رجلين ؛ لأن هناك لا تتحقق الشيوع ، فإن العقد واحد ، والكل يصير رهنًا ، ولا يصير عند كل واحد منهما نصفه رهنًا ، فلم يتمكن الشيوع ، أما هنا العقدان لو نفذا لجعل كل واحد منهما في الكل عند زوال المزاحمة ، أو في النصف عند تفرقهما ، فإذا ثبتت المزاحمة ، فينفذ كل عقد في النصف [فتعين النصف] فيتمكن الشيوع .

١٢٢٩٤ - وإن اجتمع البيع والإجارة في العبد والدار ، فالبيع أولى ؛ لأن البيع أقوى ، فإنه يفيد ملك الرقبة ، وملك المنفعة تبعًا له ، أما الإجارة لا تفيد ملك الرقبة ؛ ولأن البيع يحتمل التنصيف ، والإجارة لا تحتمل ، فيترجح البيع عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه بعلتين ، وعندهما بالعلة الأخرى ، وإن اجتمعت الهبة والإجارة [في العبد] فالهبة أولى ؛ لأنه أقوى ؛ لأنها تفيد ملك الرقبة ، وملك المنفعة تبعًا[2] ، والإجارة لا تفيد ملك الرقبة ، والهبة [ههنا] قابلة للتنصيف ، والإجارة لا تحتمل التنصيف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وهذا إذا كانت الدعوى في العبد ، فإن كانت في الدار ، فالهبة أولى أيضًا عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ؛ لكن للعلة الأولى ، دون الثانية ، وعندهما الترجيح في الدار والعبد للعلة الأولى دون الثانية ، ظاهر .

---

(١) وفي النسخة م : فثبتت مساواة بينهما

(٢) وفي م : بناء عليه مكان تبعًا .

١٢٢٩٦ - وإذا اجتمع الرهن مع الإجارة، فالإجارة أولى في العبد والدار عند محمد، فهي هنا على قولهما؛ لأن الإجارة تقبل التنصيف عندهما، والرهن لا يقبل، فأما عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فهما سواء، فينبغي أن يبطلا، وقيل: لا، بل هذا قول الكل؛ لأن الشيوع في الرهن أشد تأثيراً منه في الإجارة؛ لأن رهن المشاع باطل لا حكم له، وإجارة المشاع فاسدة لها حكم، وهو أجر المثل عند استيفاء المنافع، ورهن المشاع من الشريك لا يجوز، وإجارة المشاع من الشريك جائزة في المشهور من الرواية، فكان الشيوع أشد تأثيراً في إبطال الرهن، فههنا صارت الإجارة أولى، ولأن الإجارة أقوى من الرهن؛ لأن الإجارة توجب ما يوجبه الرهن، وهو الحبس، وتوجب ملك المنفعة أيضاً، وهو عقد معاوضة، والرهن لا يوجب ملك المنفعة، وليس بمعاوضة، فلهذا كان الترجيح للإجارة.

١٢٢٩٧ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى: رجل باع ثوباً لرجل من ابن نفسه بغير أمر صاحبه، والابن صغير مأذون، أو باعه من عبد نفسه، والعبد مأذون له في التجارة، وعليه دين، أو لا دين عليه، ثم إن البائع أعلم رب الثوب أنه قد باع ثوبه، ولم يعلمه من باعه، قال: لا يجوز ذلك إلا من عبده الذي عليه الدين من قبل أنه لو أمره ببيعه مبهماً، لم يجز له أن يبيعه من أحد من هؤلاء [إلا](1) من عبده الذي عليه الدين.

١٢٢٩٨ - قال: امرأة جاءت بألف درهم إلى رجل، وقالت: اشتر بهذه الألف هذه الدار لابني الصغير هذا، وله أب حي، فاشترى الرجل الدار، وأجاز والد الصبي ذلك، فالدار للمشتري والإجازة باطلة [تأويل المسألة إذا أضاف ذلك الرجل إلى نفسه](2).

ورجل قال لآخر: قد اشتريت عبدك هذا من نفسي بألف درهم، والمولى حاضر يسمع هذه المقالة، فقال: قد أجزت، أو سلمت، أو قال: أجزته بيعاً أو أخذته بألف درهم، ولو قال: هذا في شيء ماض، كان باطلاً.

ولو قال: قد اشتريت عبدك هذا من نفسي ومن فلان بألف درهم، يعني أمس، فقال المولى: قد رضيت، لم يجز في شيء؛ لأنه بيع واحد بثمن واحد.

١٢٢٩٩ - ولو قال: اشتريت عبدك هذا أمس، اشتريت نصفه من نفسي بخمسمائة، ونصفه من فلان بخمسمائة، فهو جائز في النصف الذي اشتراه من فلان، يعني إذا قال المولى: قد أجزت.

(١) «لا» في الأصل و«م».

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة «م».

١٢٣٠٠ - إذا اشترى عبداً، وقبضه، فادعاه رجل أنه عبده، وأقام البينة، وقد علم بالبيع، فقضى له القاضي به، وقبضه، ثم أمضى العقد، فإمضاؤه باطل، وإن قضى القاضي له بالعبد، فلم يقبضه حتى أمضى العقد، فإمضاؤه جائز، وكذلك إن أمضاه قبل أن يقضي القاضي بالعبد، جاز إمضاؤه.

١٢٣٠١ - وفي نوادر هشام: قال: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل غصب من رجل عبداً، وباعه، ثم جاء المغصوب منه، وأجاز البيع، قال: إن كان يقدر المغصوب منه على أخذ العبد، فإمضاؤه جائز، وإلا فإمضاؤه باطل، وإن كان الغاصب بالري والعبد بالكوفة، والغاصب والمغصوب منه بالري، فأجاز المغصوب منه البيع، قال محمد: إمضاؤه جائز، وقال أبو يوسف: إذا علم أنه حي، فإمضاؤه جائز، وإن لم يعلم أنه حي أو ميت، فإمضاؤه باطل](١)، وهذا قول أبي يوسف الآخر، وقد مرت هذه المسألة قبل هذا.

١٢٣٠٢ - إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: رجلان بينهما صبرة من طعام، باع أحدهما قفيزاً منه، ثم كاله لصاحبه، فأجازه الآخر، أو لم يجزه، فالبيع جائز، والثمن كله للبائع، وإن ضاع ما بقي من الطعام فللشريك على البائع نصف قفيز، ولا سبيل له على المشتري.

ولو عزل قفيزاً من الصبرة أولاً، ثم باعه، فأجازه الشريك، فالثمن بينهما نصفان، ولو لم يجزه، وأخذ نصفه، فأراد المشتري أن يرجع عليه بنصف القفيز، فليس له ذلك، وهو بالخيار، إن شاء أخذه بنصف الثمن، وإن شاء ترك.

١٢٣٠٣ - إذا قال لغيره: بعتك من هذه الحنطة وهو يكيلها كراً بكذا درهم، فإن هذا يقع البيع، وكذلك السمن والزيت، وما يكون له نموذج، فأما الثياب فليس لها نموذج.

وإذا باع من آخر جراباً على أنه أربعون، فإذا هو أحد وأربعون، ثم باعه المشتري على أنه أحد وأربعون، فأجاز البائع الأول ذلك، فله من هذا الثمن جزء، ومن أحد وأربعين [جزءاً](٢)، ويقسم الثمن على عدد الثياب.

١٢٣٠٤ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل غصب من آخر عبداً، وباعه الغاصب من رجل، وسلمه إلى المشتري، ثم إن الغاصب صالح مولاه منه على شيء، قال: إن صالحه على القيمة دراهم أو دنانير، جاز ونفذ البيع، وهذا بمنزلة

(١) ما بين المعقوفين ساقط في الأصل، وما أثبتناه من النسخة م.

(٢) ... في النسخة م.

ضمان القيمة، وإن صالحه على عرض من العروض، فهذا بمنزلة بيع مستقبل، والبيع الأول باطل.

وفي «المنتقى»: رجل باع [عبد] رجل من رجل بغير أمره، ثم إن البائع اشتراه من مولاه، ثم البائع أقام بينة أنه اشتراه من مولاه بعد البيع قبل ذلك، هكذا قاله محمد رحمه الله تعالى.

١٢٣٠٥ - وفيه أيضاً: رجل باع عبد رجل بغير أمره، فقال له صاحب العبد: أحسنت وأصبت ووفقت، فهذا لا يكون إجازة للبيع، وله أن يرده؛ لأنه قد يكون هذا على التعجب والاستهزاء، ولكن إن قبض الثمن، فهو إجازة للبيع، وكذلك إذا قال: قد كفيتني مؤنة البيع، وأحسنت، فجزاك الله خيراً، لم يكن ذلك إجازة؛ لأنه قد يجيء هذا على وجه الاستهزاء.

١٢٣٠٦ - وفي «نوادر هشام» عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل باع جارية رجل بغير أمره، فلقيه رب الجارية، فقال: أحسنت، أو وفقت، فالبيع جائز استحساناً، فصار في المسألة روايتان.

وفي «المنتقى»: أن قوله: بئس ما صنعت إجازة [وكذلك قبض الثمن إجازة].

١٢٣٠٧ - بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل باع عبد رجل بغير أمره، فبلغه الخبر، فقال المالك: قد وهبت له الثمن، أو قال: تصدقت به عليه، فهذا إجازة للبيع إن كان قائماً.

١٢٣٠٨ - وعنه أيضاً: اشترى رجل أمة [رجل] من غيره، ووقع عليها، وعلقت منه، وولدت، ثم أجاز المولى جاز، وليس في الولد قيمة، ولا عقر على المشتري.

ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل باع عبد رجل بغير إذنه، فجاء المشتري إلى مولاه، وأخبره أن فلاناً باع عبده منه، قال: إن كان باعك بمائة درهم، فقد أجزت، فقال: إن كان باعه بمائة، أو أكثر من الدراهم جاز، وإن كان بأقل من مائة لا يجوز، وإن باعه بألف دينار لا يجوز، وإنما ينظر في هذا النوع إلى الذي وصفه، وكذلك إن قال: إن باعك بمائة دينار، فهو جائز، فهو على ما وصفت لك، وإن قال: إن كان باعك بمائة، أجزت ذلك، فهذا عدة.

١٢٣٠٩ - وإذا غصب عبداً، وباعه من غيره، ثم أبق العبد من يد المشتري، ثم أجاز المالك البيع، جاز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، خلافاً [لزفر] والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الفصل العاشر
في الاختلاف الواقع بين البائع وبين المشتري

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منها في الاختلاف في صحة العقد وفساده

وهذا النوع يبتنى على عبارتين:

إحداهما: أن أحد المتعاقدين إذا ادعى صحة العقد، وادعى الآخر فساده، فإن كان مدعي الفساد بدعوى الفساد لا يدفع استحقاق مال عن نفسه، لا يصدق في دعوى الفساد، وإن كان يدفع استحقاق مال عن نفسه بدعوى الفساد [يصدق في دعوى الفساد، وهذا لأن] مدعي الفساد إذا كان لا يدفع عن نفسه استحقاق مال، بقي من جانبه مجرد دعوى الفساد، ومجرد دعوى الفساد لا يقبل؛ لأن الظاهر شاهد لمدعي الجواز، وهو ظاهر عقله ودينه؛ لأن عقل الإنسان، ودينه يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد، وعن دعوى الجواز كاذبًا، وظاهر عقل مدعي الفساد، ودينه إن كانا يمنعان عن دعوى الفساد كاذبًا، يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد، فظاهر عقل مدعي الفساد شاهد له من وجه، وعليه من وجه، وظاهر عقل مدعي الجواز شاهد له من كل وجه، والقول قول من يشهد له الظاهر، فمن كان شهادة الظاهر له أكثر، كان قوله أولى بالقبول، أما إذا كان مدعي الفساد يدفع بدعوى الفساد استحقاق مال عن نفسه لو جعلت القول قول مدعي الجواز بشهادة الظاهر، فقد جعلناه مستحقًا مالًا على صاحبه بشهادة الظاهر، والظاهر لا يصلح حجة الاستحقاق، ومتى جعلنا القول قول من يدعي الجواز بشهادة الظاهر إذا كان يدعي الفساد لا يدفع، وبدعوى الفساد استحقاق مال عن نفسه، فقد اعتبرنا شهادة الظاهر لدفع صفة المعصية عن نفسها والمعاصي ابتداء تدفع عن المسلمين بشهادة الظاهر.

١٢٣١٠ - إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسائل، فنقول في بيع العين: إذا ادعى أحد المتعاقدين الفساد، بأن ادعى شرطًا فاسدًا، فالقول قول من يدعي الصحة؛ لأن بيع العين عقد مبادلة من الجانبين، فمن مبنى البيع على المساواة، والمعادلة بين الجانبين، فمدعي الفساد بدعوى الفساد لا يدفع عن نفسه استحقاق شيء من حيث المعنى؛ لأنه لا يحصل له مثل ما استحق عليه متى جاز العقد، والاستحقاق بخلف يعدله كلا استحقاق؛ فكأنه لم يستحق عليه، فبقي مجرد دعوى الفساد من غير دفع الاستحقاق، فيكون القول قول من يدعي الجواز

على ما مر.

١٢٣٦١ - وفي باب النكاح: إذا ادعى أحد الزوجين الصحة، والآخر الفساد بأن ادعى أحدهما أن النكاح كان بغير شهود، وادعى الآخر أنه كان بشهود، أو ادعى أحدهما أن النكاح كان في عدة الغير، وادعى الآخر أنه كان بعد انقضاء العدة، فالقول قول من يدعي الصحة؛ لأن عقد النكاح عقد معاوضة من الجانبين؛ لأن من جانب الزوج المهر، وأنه عين، ومن جانب المرأة منافع البضع، ومنافع البضع في حكم الأعيان، فصار كبيع العين.

١٢٣٦٢ - والمضارب إذا ادعى فساد العقد، بأن قال لرب المال: شرطت لي نصف الربح إلا عشرة، ورب المال يدعي جواز المضاربة، بأن قال: شرطت لك نصف الربح، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب بدعوى الفساد لا يدفع استحقاقًا عن نفسه، وإن كان يستحق على المضارب بعقد المضاربة شيء؛ لأن المستحق على المضارب منافعه، والمستحق له جزء من الربح، وأنه عين مال، والمال خير من المنفعة، والاستحقاق بعوض هو خير كلا استحقاق، فلم يكن المضارب بدعوى الفساد دافعًا عن نفسه استحقاقًا، فلا يقبل قوله.

ورب المال إذا ادعى فساد المضاربة، بأن قال رب المال للمضارب: شرطت لك نصف الربح إلا عشرة، والمضارب ادعى جواز المضاربة، فالقول قول رب المال؛ لأن رب المال بدعوى الفساد يدفع عن نفسه استحقاق مال؛ لأن ما يستحقه لرب المال منفعة المضارب، وما يستحق على رب المال عين مال، وهو خير من الربح، والعين خير من المنفعة، وإذا كان بحال ما يستحق على رب المال خيرًا، كان رب المال بدعوى الفساد دافعًا عن نفسه استحقاق زيادة مال، فكان القول قوله.

١٢٣٦٣ - وإذا ادعى رب السلم الأجل، والمسلم إليه ينكر، ولا بينة لواحد منهما، فالقول قول رب السلم استحسانًا؛ لأن المسلم إليه بدعوى الفساد بسبب ذكر الأجل لا يدفع عن نفسه استحقاقًا؛ لأن المسلم فيه على تقدير ثبوت الأجل، وجواز العقد لا يصير مستحقًا للحال، فلا يكون المسلم إليه بدعوى الفساد دافعًا عن نفسه استحقاقًا، فلا يقبل قوله، ويكون القول قول من يدعي الجواز، وهو رب السلم بشهادة الظاهر، له العبارة الثانية أن المتعاقدين إذا اتفقا على وجود عقد واحد، واختلفا في صحته وفساده، فالقول قول من يدعي الصحة، كما في بيع العين، إذا ادعى أحدهما فساد العقد، بأن ادعى اشتراط شرط فاسد، والآخر يدعي الجواز [فالقول قول من يدعي الجواز][١]؛ لأنهما اتفقا على عقد واحد [لأن البيع باشتراط

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين. [illegible]

شرط فاسد لا يصير عقداً آخر ، بل يكون بيعاً فاسداً ، فقد اتفقا على عقد واحد][1] ، واختلفا في صحته وفساده .

وكذلك في باب النكاح ، إذا ادعى أحدهما فساد العقد ، بأن ادعى أن النكاح كان بغير شهود ، أو ما أشبه ذلك ، وادعى الآخر أن النكاح كان بشهود ، فالقول قول من يدعي الجواز ؛ لأنهما اتفقا على وجود عقد واحد ؛ لأن النكاح بسبب الفساد لا يصير عقداً آخر ، إنما اختلفا في صحته وفساده .

وكذلك في باب السلم ، إذا ادعى رب السلم الأجل ، وأنكر المسلم إليه ، فالقول قول رب السلم استحساناً ؛ لأن السلم بسبب الفساد لا يصير عقداً آخر ، فقد اتفقا على وجود عقد واحد ، واختلفا في صحته وفساده ، فكان القول قول من يدعي الجواز .

وفي باب المضاربة : إذا قال رب المال : شرطت لك نصف الربح إلا عشرة ، وقال المضارب : شرطت لي نصف الربح ، فالقول قول رب المال ؛ لأن هناك ما اتفقا على وجود عقد واحد بل اختلفا فيه ؛ لأن رب المال يدعي الإجارة ؛ لأن المضاربة إذا فسدت ، تصير إجارة فاسدة ، وإذا جازت ، كانت شركة ، فقد اختلفا في العقد الذي باشر المضارب ، ادعى الشركة ، وأنكرها رب المال ، وأقر له بالإجارة ، فيكون القول قول رب المال ، كما لو أنكر المضاربة ، ولم يقر بالإجارة .

فإن قيل : هذا التقدير الذي قلتم في فصل المضاربة يشكل بما إذا قال رب المال للمضارب : شرطت لك ثلث الربح ، وزيادة عشرة ، وقال المضارب : شرطت لي الثلث ، فالقول قول المضارب ، وقد اختلفا في نوع العقد؟

قلنا : هناك اتفقا على عقد واحد ، وهو الشركة ؛ فإن المضارب ادعى ذلك ، ورب المال أقر له بذلك ابتداء لما قال : شرطت لك نصف الربح ؛ لأن قوله : زيادة عشرة مقطوعة عن أول الكلام ، فلا يتوقف أول الكلام عليه ، فكان هذا من رب المال دعوى عقد آخر بعد الإقرار بوجود عقد واحد ، فلا يصدق في دعواه [بخلاف قوله : إلا عشرة ؛ لأن هذا استثناء ، وأول الكلام يتوقف على الاستثناء][2] .

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وقد أثبت هذه العبارة من النسختين : "ظ" و"ف" .

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبت هذه العبارة من النسختين : "ظ" و"ف" .

١٢٣٦٤ - وأما إذا اختلف الزوجان في نكاح باشراه بأنفسهما أنه كان [في] (١) حالة الصغر، أو بعد البلوغ فيه، كان القول قول من يدعي النكاح في حال الصغر؛ لأن هناك ما اتفقا على وجود العقد، بل اختلفا في وجوده؛ لأن عبارة الصغير فيما يضره، أو يتردد بين الضرر والنفع، ملحق بالعدم، كعبارة المجنون، فكان المدعي للنكاح في حال الصغر منكراً وجود النكاح، فكان القول قوله، فكان بمنزلة ما لو قال: تزوجتني قبل أن أخلق، أو قال الرجل: تزوجتك قبل أن تخلق، وقال الآخر: لا، بل بعد الخلق، أما ههنا: اتفقا على وجود النكاح؛ فإنهما اتفقا أنهما كانا من أهل العقد حال ما باشرا العقد، وإنما اختلفا في صحته وفساده.

١٢٣٦٥ - وذكر في "المنتقى": بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "الإملاء": رجل ادعى عبداً في يد رجل أنه اشتريته من صاحب اليد بألف درهم، وقال صاحب اليد: بعته منه بألف درهم، وشرطت عليه أن لا يبيعه، أو ما أشبه ذلك من الشروط التي تفسد البيع، فالقول قول المشتري.

وإن كان مدعي الشرط هو المشتري، فالقول قول البائع؛ لأنهما اتفقا على وجود العقد، واختلفا في صحته، وفساده، ومدعي الفساد بدعوى الفساد لا يدفع عن نفسه استحقاق مال على العبارة الأولى، وعلى العبارة الثانية اتفقا على وجود عقد واحد، واختلفا في صحته وفساده، فيكون القول قول من يدعي الصحة، فإن قال مدعي الشراء: اشتريت عبدك هذا بعبدي هذا، وقال البائع: بعته منك بألف درهم، ورطل من خمر، أو قال: بألف درهم، وخنزير، فأقاما البينة، فالبينة بينة البائع، وإن ادعى البائع أن الثمن كله خمر، أو خنزير، فأقاما البينة، فالبينة بينة المشتري.

والحاصل أنه إذا اتفقت بينة البائع والمشتري على ذكر ما يصلح ثمناً، وأثبتت إحداهما شرطاً زائداً يفسد به البيع، كما إذا اتفق أن البيع كان بألف درهم، وزادت إحداهما خنزيراً، أو رطلاً من خمر، فالبينة بينة الفساد.

وإذا اختلفا في ذكر ما يصلح ثمناً، فأثبتت إحداهما ما يصلح ثمناً، بأن قالت: كان البيع بألف درهم، أو بهذا العبد، وأثبتت الأخرى ما لا يصلح ثمناً، بأن قالت: الثمن كله خمر أو خنزير، فالبينة بينة الصحة.

وذكر المعلى: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل باع من آخر داراً، ثم قال: بعتها

(١) وفي النسخة "ظ": أنهما كانا في حالة الصغر.

من آخر بيعًا صحيحًا، وقال المشتري: اشتريتها شراءً صحيحًا، فإني أقول للبائع: كيف بعته؟ فإني أقول للمشتري: كيف اشتريته؟ فإن قال: اشتريته بألف، ونقدت الثمن، حلف البائع على ذلك، فإن حلف، قلت للبائع: كيف بعته؟ فإن قال: بعته على أن تبيعني طعامًا أربح فيه، حلف المشتري: ما اشتراه بهذا الشرط، فإن حلف كان البيع صحيحًا، وإن قال البائع: بعتها بخنزير، فالقول قوله.

١٢٣١٦- وفي "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل قال لآخر: بعتك هذا العبد بألف درهم ورطل خمر، وقال المشتري: اشتريته بألف درهم لا غير، قال: كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول في مثل هذا: القول قول من يدعي الصحة، وأما أنا: فأرى أن أجعل القول قول البائع.

ولو قال: بعتك بألف درهم حالة، وقال المشتري: بألف درهم إلى العطاء، فالقول قول البائع، وأما إن أقاما البينة، فالبينة بينة المشتري.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل باع من آخر متاعًا، وسلم إلى المشتري، ثم اختلفا، فقال المشتري: اشتريته بألف درهم، وقال البائع: بعته بألف درهم، أو قال: بمائة دينار، وزاد في دعواه أمرًا يفسد به البيع، إما شرطًا أو ثمن حرام يفسد به البيع، فإن البائع يحلف على دعوى المشتري، وينتقض البيع إن حلف، وليس على المشتري يمين بدعوى البائع؛ لأن دعوى البائع لو أقر به جميعًا، لم يلزم بها البيع.

١٢٣١٧- قال الحاكم أبو الفضل: وقد قال في مجلس آخر بعد هذا: في رجل باع عبدًا من آخر، وقد أقرا جميعًا أنه كان آبقًا، فقال البائع: بعتك في إباقه، وقال المشتري: بعته بعد ما أخذته، فالقول قول الذي يدعي صحة البيع أيهما كان، وكذلك في نظائره، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الذي يدعي الصحة.

رجل باع من آخر بيعًا فاسدًا، وسلمه إلى المشتري، ثم إن البائع باعه من غيره بيعًا صحيحًا، وقبضه المشتري الثاني، فقال البائع للمشتري الثاني: بعتك قبل أن أقبضه من المشتري الأول، وقبل أن ينفسخ البيع بيني وبينه، وقال المشتري الثاني: لا، بل بعته [مني بعد ما قبضته، وفسخت البيع الأول، فالقول قول المشتري الثاني، ولا يصدق البائع](١) على إبطال البيع الثاني، وقد انفسخ البيع الأول بقبض المشتري الثاني.

١٢٣١٨- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل اشترى ألف [منٍّ] من القطن،

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسختين "ظ" و "ف".

والبائع يدعي على المشتري زيادة ألف في الثمن ، والمشتري ينكر ، فكان كل واحد منهما مدّعيًا ومنكرًا ، واليمين حجة المنكر في الشرع ، وكان التحالف قبل القبض على موافقة القياس ، وإن كان هذا الاختلاف بعد القبض ، فالتحالف على مخالفة القياس ، والقياس أن لا يحلف البائع ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ؛ لأن المشتري لا يدعي على البائع شيئًا ينكره البائع ؛ لأن حق المشتري في المبيع رقبة وتصرفًا ، وقت سالم للمشتري بحكم إقرار البائع ، والتصرف بالقبض ، وكان ينبغي أن لا يحلف البائع ، لكن حلفناه بالنص ، ولهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إن هذا الاختلاف لو وقع بين ورثتهما بعد القبض ، لا يتحالفان ؛ لأن التحالف بعد القبض على مخالفة القياس بالنص ، والنص يتناول المتبايعين ، وهذا الاسم لا يتناول الورثة ؛ وأما على قول محمد رحمه الله تعالى فالتحالف بعد القبض على موافقة القياس ، وبه أخذ بشر ابن غياث والكرخي ؛ لأن كل واحد منهما يدعي على صاحبه عقدًا ينكره صاحبه .

١٢٣٤٠ - البائع يدعي على المشتري العقد بألفين ، والمشتري ينكر ، والمشتري يدّعي على البائع العقد بألف ، والبائع ينكر ، والعقد بألف غير العقد بألفين ، وكذا كل واحد منهما منكرًا من هذا الوجه ، فكان التحالف بعد القبض [على موافقة القياس ، ولهذا قال محمد : إن هذا الاختلاف لو وقع بين ورثتهما قبل القبض ، أو بعد القبض](١) يتحالفان ؛ لأن التحالف فيما بين المتعاقدين على موافقة القياس ؛ لكونهما منكرين ، فيمكن قياس ورثتهما عليهما .

١٢٣٤١ - وإذا وقع الاختلاف في المبيع ، فالتحالف قبل نقد الثمن على موافقة القياس ، وبعد نقد الثمن ، التحالف على مخالفة القياس عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى(٢) بدلالة النص الذي روينا ، وإلا قضية القياس أن لا يحلف المشتري ؛ لأنه منع ، لكنا أوجبنا عليه اليمين بدلالة النص الذي روينا ؛ لأنه أوجب اليمين على المدعى متى اختلفا في أحد بدلي العقد ، وهو الثمن ، فكذا إذا اختلفا في البدل الآخر .

ثم إذا وجب التحالف كيف يتحالفان؟ ذكر في « الأصل » : أن كل واحد منهما يحلف

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وقد أثبت هذه العبارة من نسخ : ظ ، ف ، ب ، م .

(٢) هكذا في الأصل و« التجنيس » ، ظ ، ب ، ف . وكذا في النسخة م : « وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وقضية القياس أن لا يحلف المشتري ؛ لأنه منع . لكن أوجبنا عليه اليمين بالنص الذي روينا ؛ لأنه لا فصل فيه بين ما إذا وقع الاختلاف في الثمن ، أو في المبيع ، أو بدلالته ؛ لأنه أوجب اليمين على المدعى ... » إلخ .

على دعوى صاحبه، يحلف البائع بالله، ما بعته بألف كما يدعيه المشتري، ويحلف المشتري بالله، ما اشتريته بألفين كما يدعيه البائع. وهكذا ذكر الكرخي في كتابه، وذكر محمد رحمه الله تعالى في «الزيادات» في باب السلسلة: أن كل واحد منهما يحلف على دعوى نفسه وعلى دعوى صاحبه، يحلف البائع بالله ما بعته بألف كما ادعاه المشتري، ولقد بعته بألفين كما ادعيت أنت. ويحلف المشتري بالله، ما اشتريته بألفين كما ادعاه البائع، ولقد اشتريته بألف كما ادعيت أنت. وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولاً يقول: يبدأ بيمين البائع. ثم رجع، وقال: يبدأ بيمين المشتري، وهو قول محمد وزفر، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأن المشتري أشدهما إنكاراً؛ لأنه منكر صورة ومعنى، والبائع عندهما غير منكر أصلاً. وعند محمد رحمه الله تعالى منكر صورة؛ لأن المشتري مدعي صورة؛ لأن المشتري، وإن كان يدعي على البائع البيع بألف درهم، فهو يدعيه صورة لا معنى؛ لأن المقصود من العقد الذي يدعيه المشتري ملك الرقبة والتصرف، وكل ذلك سالم له، فكان مدعياً صورة، وكان البائع منكراً صورة، فهو معنى قولنا: إن المشتري أشدهما إنكاراً، فلهذا كانت البداية بيمينهما أولى.

ثم إذا تحالفا، ذكر في كتاب الدعوى: أن القياس [ثابت][1] أنه يقضى[2] بالبيع بأقل الثمنين كما يدعيه المشتري؛ لأن البيع بأقل الثمنين ثابت باتفاقهما، وفي الاستحسان: يترادان العقد لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «تحالفا وترادا»، فهذا أمر عرف بالنص، بخلاف القياس، فيحتاج إلى فسخ القاضي، وإلى فسخهما، لينفسخ العقد، أما بدون ذلك، لا ينفسخ العقد بينهما.

٩٣٣٢- وفي مسائل السلم تقول: فيما إذا اختلفا في المسلم فيه، أو في مقدار رأس المال في السلم، وحلفا، فالقاضي يقول لهما: ماذا تريدان؟ فإن قالا: نفسخ العقد، أو قال ذلك أحدهما، فالقاضي يفسخ العقد بينهما، وإن قالا: لا نفسخ العقد تركهما القاضي، وجاء أن يعود أحدهما إلى تصديق صاحبه، فيمضيان في البيع.

وفي كتاب البيوع للحسن بن زياد: إذا حلف كل واحد منهما على دعوى الآخر، فقبل أن يفسخ القاضي العقد بينهما، فالبائع أن يقول: أنا ألزمه المشتري بألف درهم، والمشتري أن يقول: أنا آخذه بألفي درهم، وبعد ما فسخ القاضي العقد بينهما، فليس لأحدهما كلام،

(١) هكذا في النسخة م.

(٢) هكذا في الأصل وفي النسخة ظ: أنه يقضى، وفي النسختين ف، م: أن يقضى

وأيهما نكل عن اليمين، لزمه ما ادعاه صاحبه؛ لصيرورته مقراً بما يدعيه صاحبه عند نكوله، وأيهما أقام بينة، قبلت بينته، وإن أقاما بينة، فالبينة بينة البائع؛ لأن فيها زيادة إثبات، هذا إذا وقع الاختلاف بين المتبايعين.

فإن وقع الاختلاف بين ورثتهما، أو بين ورثة أحدهما، وبين الحي، فإن كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالإجماع، وإن كان بعد القبض، فكذلك عند محمد، وعلى قول أبي يوسف وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى: لا يتحالفان، وقد ذكرنا هذا، إذا اختلفا في الثمن مقصوداً، وأما إذا اختلفا في الثمن مقتضى اختلافهما في شيء آخر.

١٣٣٢٣ - وصورته: رجل اشترى من آخر سمناً في زق، ووزنه مائة رطل، ثم جاء بالزق ليرده، ووزنه عشرون، فقال البائع: ليس هذا زقي، وقال المشتري: هو زقك، فالقول قول المشتري، سمى لكل رطل ثمناً، بأن قال: كل رطل بدرهم أو لم يسم، وجعل هذا اختلافاً في مقدار المقبوض، والقول قول المشتري في أصل القبض، فكذا في مقدار المقبوض، ثم هذا اختلاف في الثمن؛ لأن بزيادة وزن الزق ينقص الثمن، وبنقصان وزن الزق يزداد الثمن، فالبائع يدعي زيادة في الثمن، والمشتري ينكر، ولم يعتبر هذا الاختلاف في إيجاب التحالف؛ لأن الاختلاف في الثمن إنما وقع مقتضى اختلافهما في الوزن، فصار الأصل أن الاختلاف في الثمن إنما يوجب التحالف إذا كان الاختلاف واقعاً فيه مقصوداً، وههنا أشياء أخر، وكلمات كثيرة تأتي في آخر هذا النوع إن شاء الله تعالى.

١٣٣٢٤ - هذا إذا كانت السلعة قائمة بعينها لم تتغير عن حالها، وأما إذا كانت قد تغيرت عن حالها، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون التغير من حيث الزيادة، وإنه على وجهين أيضاً، فإن كانت الزيادة من حيث السعر، وقد اختلفا في مقدار الثمن قبل القبض، أو بعد القبض، فإنهما يتحالفان، وإن كانت الزيادة من حيث العين، فإن حدثت قبل القبض، أو بعد القبض، فإنهما يتحالفان، وأي زيادة ما كانت متصلة، أو منفصلة متولدة من العين، كالولد، أو بدل العين، كالأرش، أو بدل المنفعة، كالكسب والغلة، وهذا لأن موجب التحالف الفسخ، والزيادة من حيث السعر لا يمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ على كل حال، فكذا بالتحالف [وكذا الزيادة من حيث العين الحادثة قبل القبض لا يمنع الفسخ، كسائر أسباب الفسخ، فكذا بالتحالف][1] إلا أن الزيادة المتصلة إذا كانت متولدة من عينها، كالولد، أو بدل العين، كالأرش والعقر، وقد تحالفا، وفسخ القاضي العقد بينهما، فإن الزيادة تصير للبائع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: ظ، ف، ز، م.

عندهم جميعاً، كما لو حصل الفسخ بالإقالة، أو بالرد بالعيب، وإن كانت الزيادة المنفصلة بدل المنفعة كالكسب والغلة، إذا تحالفا، وفسخ القاضي العقد بينهما، أو تفاسخا، فإن الكسب والغلة يكون للمشتري عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعلى قولهما يكون للبائع، كما لو حصل الفسخ بالإقالة قبل القبض، أو بالرد بالعيب أو الهلاك، فإن هناك الزيادة تكون للمشتري عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما تكون للبائع، فالأصل عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أن الكسب الحادث قبل القبض إنما يكون لمن كان الأصل له يوم الكسب، وعلى قولهما لمن صار له ملك الأصل.

هذا إذا حدثت الزيادة قبل القبض، فأما إذا حدثت بعد القبض، إن كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يتحالفان، إلا أن يرضى المشتري أن يرد العين مع الزيادة؛ لأن الزيادة المتصلة الحادثة بعد القبض عندهما تمنع الفسخ إلا برضى من له الحق في الزيادة، ولهذا قالا: بأن الصداق إذا ازداد بزيادة متصلة بعد القبض، ثم ورد الطلاق قبل الدخول، فإن الصداق لا ينتصف إلا برضى المرأة، والصداق بالطلاق قبل الدخول إنما يتنصف بحكم الفسخ، على ما يعرف في كتاب الطلاق، ثم منع التنصف لمكان الزيادة المتصلة عندهما إلا برضاء المرأة، فكذا يمنع الفسخ هنا إلا برضى المشتري، فيمتنع التحالف إلا أن يرضى المشتري، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتحالفان؛ لأن الزيادة المنفصلة بعد القبض كالولد، لا تمنع التحالف على مذهبه، فالمتصلة أولى.

وإذا وجب التحالف على مذهبه، وتحالفا ما ترادان؟ لم يذكر هذا في الكتاب، وقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى، قال بعضهم: بأنهما يترادان العين، رضي المشتري بذلك أم سخط، وقاسوا هذه المسألة على مسألة الصداق، فإن الصداق يتنصف عند محمد رحمه الله تعالى، رضيت المرأة بذلك أم سخطت، فكذلك هنا المشتري يرد العين على البائع مع الزيادة شاء أو أبى.

ومنهم من يقول: بأنهما يترادان القيمة، إلا أن يشاء المشتري أن يرد العين مع الزيادة، فهذا القائل يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة الصداق على مذهب محمد رحمه الله تعالى.

ووجه الفرق له في ذلك، وهو أن تنصيف الصداق بالطلاق قبل الدخول ثابت على موافقة القياس، لما عرف أن الطلاق قبل الدخول فسخ للنكاح معنى من حيث إن جميع

المعقود عليه عاد إلى المرأة كما خرج عن ملكها من غير سبب جديد، وهذا معنى الفسخ، وهو قطع للملك الثابت بالنكاح من حيث الحقيقة، فإن الطلاق موضوع للقطع، لا للفسخ. ولهذا صح بعد الدخول، وإن كان لا يثبت معنى الفسخ بعد الدخول، فكان فسخًا معنى قطعًا حقيقة، فوفر الشرع على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، فجعل للزوج النصف عملًا بالمعنى، وبقي النصف للمرأة عملًا بالحقيقة، وإذا كان كذلك، كان ثبوت حق الزوج في النصف بالطلاق قبل الدخول على [illegible] لا الزيادة، فلم يجز أن يبطل حقه بالزيادة المتصلة؛ لأن الزيادة المتصلة تبع للأصل، ولا يجوز إبطال الأصل بالتبع.

٤٣٣٢ - وأما الفسخ بعد التحالف ثابت على مخالفة القياس مراعاة لحق البائع لما ذكرنا أن القياس أن يقضى بالبيع بأقل الثمنين؛ لأنه متفق عليه، إلا أن أثبتنا حق الفسخ نصًا بخلاف القياس مراعاة لحق البائع [حتى يعود إلى رأس ماله إذا لم يصل إليه ما ادعى من البدل، وإذا كان الفسخ ثابتًا على مخالفة القياس مراعاة لحق البائع](١) لا يكون له حق الفسخ على وجه يكون فيه إبطال حق على المشتري. وفي الفسخ على العين إبطال حق على المشتري، وهو الزيادة المتصلة، فلهذا قلنا: بأنهما يترادان القيمة ههنا، إلا أن يرضى المشتري برد العين مع الزيادة.

هذا إذا كانت الزيادة متصلة. فأما إذا كانت منفصلة متولدة من عينها، كالولد، أو بدل العين كالأرش والعقر بعد القبض، فإنهما لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ويكون القول قول المشتري مع يمينه، رضي المشتري برد الزيادة أو لم يرض؛ لأن هذه الزوائد تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ(٢)، فكذا تمنع الفسخ بالتحالف، ومتى امتنع الفسخ على مذهبهما لا يجب التحالف، كما بعد هلاك السلعة، وعند محمد رحمه الله تعالى امتناع الفسخ على العين بسائر أسباب الفسخ لا يمنع الفسخ بالتحالف على القيمة، ألا ترى أنه بعد هلاك العين يتحالفان على مذهبه على القيمة، وإن كان الفسخ على العين متعذرًا، فكذا هذا.

٤٣٣٣ - وإن كانت الزيادة بدل منفعة، فإنهما يتحالفان بالإجماع؛ لأن هذه الزيادة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من [illegible]
(٢) هكذا في الأصل والمستنير: [illegible] بسائر أسباب الفسخ.

لا تمنع فسخ البيع بسائر أسباب الفسخ(١)، فكذا بالتحالف، ولو تحالفا، كان الكسب للمشتري عندهم جميعًا، كما لو حصل الفسخ بالرد بالعيب بعد القبض، أو بالإقالة بعد القبض، فإنه يبقى الكسب للمشتري عندهم جميعًا، ويجب رد العين، فكذلك هذا.

هذا إذا تغيرت من حيث الزيادة، فأما إذا تغيرت من حيث النقصان، فإن كان النقصان من حيث السعر، فإنه لا يمنع التحالف عندهم جميعًا، حصل قبل القبض أو بعده؛ لأن النقصان من حيث السعر لا يمنع فسخ العقد بسائر الأسباب، حصل قبل القبض أو بعده، فكذا لا يمنع الفسخ بالتحالف أيضًا.

فأما إذا كان النقصان من حيث العين، فإن كان لفوات وصف، فإن كان قبل القبض، فإنه لا يمنع التحالف عندهم جميعًا؛ لأن النقصان من حيث الصفة قبل القبض لا يمنع الفسخ بالعيب، وبخيار الرؤية، والشرط وإن كثر(٢) البائع، فكذا لا يمنع الفسخ بالتحالف عندهم جميعًا؛ لأن النقصان من حيث الوصف بعد القبض لا يمنع الفسخ بالإقالة عندهم جميعًا. وإن حصل بعد القبض، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه ناقصًا؛ لأن النقصان من حيث الوصف بعد القبض يمنع الفسخ بحكم العيب، وبخيار الشرط والرؤية، إلا برضا البائع بالإجماع، وإذا امتنع الفسخ امتنع التحالف عندهما، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتحالفان؛ لأن امتناع الفسخ لفوات الصفة لا يكون أكثر حالًا من امتناع الفسخ بسبب الهلاك، وذلك لا يمنع التحالف على مذهبه عند القيمة، فكذا ههنا يتحالفان، ويترادان القيمة على مذهبه، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ العين ناقصًا، كما في الهلاك. فأما إذا كان النقصان لفوات بعض المبيع، فإن كان قبل القبض، فإنهما يتحالفان على القائم عندهم جميعًا، وإن كان بعد القبض، فالقول قول المشتري مع اليمين عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ القائم، ولا يأخذ معه شيئًا على رواية الجامع الصغير، وعلى رواية الأصل: إلا أن يشاء البائع أن يأخذ القائم، ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئًا، فحينئذ لا يحلف المشتري عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، هكذا ذكر بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وعند بعضهم إلا أن يشاء البائع أن يأخذ القائم، ولا يأخذ معه شيئًا من ثمن الهالك على رواية الأصل.

وعلى رواية الجامع الصغير ولا يأخذ منه، فحينئذ يتحالفان على قول أبي حنيفة

---

(١) هكذا في الأصل، والمخطوطتين ... [illegible] ... وفي م: بسائر أسباب الفسخ.

(٢) في المخطوطتين ... [illegible] ... وفي م: ... [illegible] ...

رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف: يتحالفان في القائم، ويترادان القائم، والقول قول المشتري في حصة الهالك من الثمن، وقال محمد رحمه الله تعالى: يتحالفان فيهما، ثم يترادان البيع في الحي على العين، وفي الهالك على القيمة.

١٢٣٢٧ - وصورتها: رجل اشترى عبدين صفقة واحدة، وقبضهما، ثم مات أحدهما، واختلفا في الثمن، وقال المشتري: اشتريتهما بألف درهم، وقال البائع: اشتريتهما بألفي درهم، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا.

يجب أن يعلم أولاً حكم المسألة فيما إذا كان المشترى عيناً واحداً، وقبضه المشتري، ومات، واختلفا في الثمن، وفي تلك المسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: لا يتحالفان، ويكون القول قول المشتري مع يمينه، وقال محمد: يتحالفان، ولقب المسألة أن هلاك السلعة هل يمنع التحالف، عندهما يمنع، خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى: وحجة محمد قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا» من غير فصل بينهما، إذا كانت السلعة قائمة أو كانت هالكة، ولأن كل واحد منهما مدعي، ومدعى عليه؛ لأن كل واحد منهما يدعي على صاحبه عقداً ينكره صاحبه، فيتحالفان، كما في حال قيام السلعة، ولهما قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا»[1]، شرط قيام السلعة لإيجاب التحالف، وقد ذكرنا أن إيجاب التحالف بعد القبض على مخالفة القياس بالنص، والنص شرط لذلك قيام السلعة، فما بعد هلاك السلعة يبقى على أصل القياس.

ولأن حكم التحالف الفسخ بعد صحة البيع، والهالك لا يقبل الفسخ بسائر أسباب الفسخ، فكذا بالتحالف، وهذا إذا هلكت السلعة بعد القبض، فأما إذا هلكت السلعة قبل القبض: فقد انفسخ العقد حين هلكت السلعة، فلا معنى لاختلافهما إذا لم يكن الثمن مقبوضاً.

١٢٣٢٨ - وإذا عرفت حكم التحالف في العبد الواحد: جئنا إلى العبدين، وفيه اختلاف على ما ذكرنا، فأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه مر على أصله، فيقول[2]: التحالف بعد القبض عرف بخلاف القياس بالنص، والنص أوجب التحالف بشرط قيام السلعة من كل وجه؛ فإن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «والسلعة قائمة»، ذكر السلعة مطلقاً، ومطلق

(١) مضى تخريجه.

(٢) وفي النسخة «م»: وقال.

على عيب كان عند البائع، فقبل أن يرده حدث عنده عيب آخر، فأراد أن يرده، ليس له ذلك.

[فإن قال البائع: أنا أقبله، له ذلك أما كذا ههنا، وبعضهم قالوا: شرط التحالف عند أبي حنيفة رحمه الله قيام جميع المعقود عليه][1]، وما بقي العقد على الهلاك، فيكون القائم بعض المعقود عليه، فلا يجب التحالف لفوات شرطه، وما لا يرضى البائع، بأن لا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، لا يمكننا فسخ العقد في الهالك، فيكون القائم بعض المعقود عليه، فلا يجب التحالف. فأما إذا رضي أن يأخذ الحي، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، أمكننا فسخ العقد في الهالك حينئذ، فيصير[2] العقد في الهالك منفسخًا حكمًا قبل التحالف من حيث الاعتبار؛ لأنه شرط صحته، فيكون القائم حينئذ جميع المعقود عليه، فيتحالفان، ويجوز أن يعتبر العقد منفسخًا في الهالك، متى رضي البائع أن لا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، وإن كان الهالك مما لا يقبل الفسخ؛ لأنه ينفسخ حكمًا لإمكان التحالف في القائم، وقد يجوز أن يثبت الفسخ في الهالك تبعًا لغيره، وإن كان لا يثبت مقصودًا، ثم شرط لصحة الفسخ في الهالك رضى البائع، بأن لا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، ولم يعتبر رضى المشتري، وذلك لأنا لو أوجبنا التحالف من غير رضى البائع، وفسخنا العقد في الميت قبل التحالف من حيث الاعتبار، بطل حق البائع في الهالك أصلًا من غير رضاه؛ لأنه يسقط حقه في ثمن الهالك من غير أن يعود إليه ما يصلح عوضًا عنه، لإمكان التحالف في القائم، ومن حكم التحالف فسخ العقد على وجه لا يبطل حق كل واحد منهما بغير عوض، فشرط رضى البائع أن يأخذ ثمن الهالك شيئًا، حتى إذا اعتبر العقد منفسخًا في الهالك، يكون فوات حقه في ثمن الهالك من غير عوض يحصل له برضاه، ولم يشترط رضى المشتري، وإن كان متى تحالفا ينفسخ العقد في القائم والهالك جميعًا بغير رضاه؛ لأن حقه إنما يزول عنهما بعوض، فإن الحي إن زال عنه سلم له ثمنه، والميت كذلك، والفسخ بالتحالف على هذا الوجه صحيح من غير رضى المشتري، كما لو كانا قائمين، فتحالفا، وطلب البائع الفسخ؛ فإنه ينفسخ العقد فيهما، وإن أبى المشتري ذلك، فكذلك هذا.

وقال بعضهم: المانع من التحالف عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه هلاك أحد العبدين بعد القبض؛ فإنه لو كان هلك أحدهما قبل القبض، وقبض المشتري الآخر، ثم اختلفا، كانا يتحالفان؛ لأن المانع من التحالف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إنما هلاك أحدهما بعد القبض

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: ظ و ف و م.

(٢) وفي ف: فيعتبر، وفي م: فيتعين.

تعذر الفسخ في الحي بالتحالف نظير الفسخ بخيار الرؤية ، وبخيار الشرط ، ولا يملك المشتري الفسخ في القائم بعد هلاك أحد العبدين في يده بخيار الشرط ، وبخيار الرؤية ، لما فيه من تفريق الصفقة على البائع في التمام ، فكذا بالتحالف ، فأما متى كان أحدهما هالكاً في يد البائع قبل القبض ، أمكن المشتري رد ما قبض بخيار الرؤية وبخيار الشرط ، فأمكنه بالتحالف .

١٢٢٣٠ - وإذا ثبت هذا ، فنقول : متى رضي البائع بأخذ الحي ، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً ، فقد جعل ما هلك في يد المشتري كالهالك قبل القبض ؛ لأن من حكم هلاك المبيع قبل القبض أن لا يكون على المشتري ثمنه ، ويأخذ الحي لا غير ، فصار الهالك في يد المشتري بهذه الصفة كالهالك قبل القبض من حيث الحكم ، ولو هلك أحدهما قبل القبض حقيقة يتحالفان في الحي ، فكذلك إذا جعل هالكاً قبل القبض حكماً ، لما رضي البائع أن يأخذ الحي ، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً .

وأبو يوسف رحمه الله تعالى مر على أصله أيضاً ، فإن من أصله أن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف ، وقد هلك بعض المعقود عليه ، وبقي البعض ، فيمتنع التحالف في الهالك ، ويكون القول قول المشتري في حصة الهالك ، لا في القائم . هذا كما قلنا في الإجارة . إذا اختلفا في مقدار الأجر[1] بعد استيفاء بعض المنفعة دون البعض ، يتحالفان فيما لم يستوف من المنفعة ، وفيما استوفي[2] وهلك ، وجعل القول قول المستأجر مع يمينه ، فكذلك هذا ، وهذا لأن المقصود من التحالف الفسخ ليعود كل واحد منهما إلى رأس ماله ، والفسخ إن تعذر في الهالك ، لم يتعذر في القائم ، ألا ترى أنه لو وجد بالقائم عيباً ، رده ، ولو وجد بالهالك عيباً ، لا يرده ، فكذلك هذا .

ثم ذكر في الكتاب : أن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى القول قول المشتري في حصة الميت ، ويتحالفان ، ويترادان في العبد القائم ، ولم يذكر كيفية التحالف على مذهبه ، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال : يقسم الثمن أولاً على قيمة العبدين ، فيخص الحي ألف درهم على زعم البائع وعلى زعم المشتري خمسمائة ، إذا كان قيمتهما سواء ، فيحلف المشتري بالله ، ما اشتريته بألف درهم ، كما يدعيه البائع ، فإن نكل ، ثبت ما ادعاه البائع ، وإن حلف ، لم يثبت ما ادعاه ، ثم يحلف البائع بالله ، ما بعته بخمسمائة ، كما يدعيه المشتري ، فيتحالفان في القائم على حصته ، ولا يتحالفان في جملة الثمن ، فإذا تحالفا ، فسخ القاضي

(١) وفي النسخة : ... في مقدار الأجر ، وقد وجد بعض استيفاء ... إلخ

(٢) وفي نسخة : وفي ما إذا ستوفي وهلك

العقد على الحي إن طلبا، أو طلب أحدهما ذلك، ورد المشتري الحي على البائع، وسقط عن المشتري حصته، ثم يحلف المشتري على حصة الهالك بالله، ما اشتريته بألف درهم، فإن نكل، لزمه ما ادعاه البائع من حصة الهالك، وذلك ألف درهم، وإن حلف لزمه ما أقر به، وذلك خمسمائة درهم.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: لا، بل يتحالفان من جملة الثمن، فيحلف البائع بالله، ما بعتهما بألف درهم، كما يدعيه المشتري، ويحلف المشتري بالله، ما اشتريتهما بألف درهم، كما يدعيه البائع، قالوا: وهكذا ذكر في "الجامع الكبير"، وهذا لأن المقصود من التحالف النكول، وإنما يحصل هذا المقصود، إذا حنث الحالف في يمينه، ومتى حلف كل واحد منهما في حق الحي على حصته لا غير، لا يحنث واحد منهما؛ لأن المشتري يحلف بالله، ما اشتريته بألف، فيحلف ولا يحنث في يمينه وإن اشتراهما بألفين؛ لأنه لم يشتر الحي على الانفراد بألف وإنما اشترى العبدين بألف، وكذلك البائع إذا حلف بالله، ما بعت الحي بخمسمائة، يحلف، ولا يحنث في يمينه، وإن كان باعهما بألف، كما يدعيه المشتري؛ لأنه لم يبع الحي على الانفراد بخمسمائة، إنما باع العبدين بألف درهم، يبقى هذا القدر أن التحالف [في الميت غير مشروع، والجواب أن التحالف][1] عنده في الميت غير مشروع لأجل الفسخ؛ لأن الفسخ في الهالك مقصود متعذر، والتحالف في الهالك ههنا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ما كان ليفسخ فيه، وإنما كان لإمكان التحالف في القائم.

١٢٣٣١- وإذا تحالفا في جملة الثمن، يترادان العقد في القائم على اليمين[2]، وفي الميت لا يفسخ العقد، ويكون القول قول المشتري في مقدار ثمنه، ويجب أن يكون كيفية التحالف على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على هذا الوجه متى رضي البائع أن يأخذ القائم، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً، فعند بعض المشايخ: يتحالفان في حصة الحي من الوجه الذي ذكرنا، وعند بعضهم يتحالفان في جملة الثمن، ثم إذا تحالفا يفسخ العقد في الحي، فيرد الحي على البائع، ولا يأخذ البائع من ثمن الميت شيئاً.

هذا إذا تصادقا أن قيمتهما يوم العقد ويوم القبض على السواء، أما إذا اختلفا في قيمتهما يوم العقد، ففي حق الحي ينظر إلى قيمته للحال، ويحكم الحال حكماً، ويكون القول قول من يوافق قيمته للحال؛ وأما في الهالك إذا اختلفا في قيمته، فقال المشتري: كانت قيمته

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: ظ و ف و م.

(٢) وفي النسختين: ف و م: على اليمين.

ثم اتفقنا خمسمائة، وقيمة الهالك ألف درهم، وقال البائع على عكس ذلك، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة في شيء من الكتب نصاً.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن القول قول البائع، وبه أشار محمد رحمه الله تعالى في بيوع الأصل في مسألة يأتي ذكرها بعد هذا إن شاء الله تعالى. وهذا لأن المشتري لزمه ضمان الشراء كله بالقبض، فهو لا يدعي زيادة سقوط بعض الثمن، فلا يصدق إلا ببينة. ومحمد رحمه الله تعالى مر على أصله أيضاً، فإن هلاك جميع السلعة عنده لا يمنع التحالف، فهلاك البعض أولى، فيتحالفان، ويرد القائم، ويفسخ العقد في الهالك على قيمته.

وكيفية التحالف على قول محمد رحمه الله تعالى ظاهر، يحلف المشتري أولاً: بالله ما اشتريتهما بالفين، كما يدعيه البائع، فإن نكل، لزمه ألفان، وإن حلف، يحلف البائع: بالله ما بعتهما بألف، كما يدعيه المشتري، فإن نكل، ثبت ما ادعاه المشتري، وإن حلف البائع أيضاً، لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما من الثمنين، فإن اتفقا على شيء فبها، وإن لم يتفقا، وطلب أحدهما أو كلاهما الفسخ، فسخ القاضي العقد بينهما، ويأمر المشتري برد القائم، وقيمة الهالك، وإن اختلفا في قيمة الهالك، فالقول قول المشتري مع يمينه لإنكاره الزيادة.

١٢٣٣٣- وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في إقرار الأصل في باب الإقرار بالبيوع: إذا خرج بعض المبيع عن ملك المشتري، بأن باع مثلاً نصف العبد، أو ما أشبهه، ثم اختلفا في الثمن، فإنهما لا يتحالفان، لا فيما باع، ولا فيما بقي على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه. وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: القول قول المشتري مع يمينه، ولا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يأخذ ما بقي منه، فإذا رضي بذلك حينئذ يتحالفان على ما بقي منه في ملك المشتري، [illegible] بما خرج عن ملكه على قول أبي يوسف[1].

وقال محمد رحمه الله تعالى: يتحالفان على قيمة الهالك إلا أن يشاء البائع أن يأخذ ما بقي من نصيبه وقيمة ما استهلكه المشتري منه، فحينئذ يتحالفان في القائم [illegible] على الصفة، وكأنهم فرقوا بين مسألة كتاب الإقرار وبين مسألة كتاب البيوع، فإن في مسألة البيوع: أبى أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه التحالف إلا بشرط أن يأخذ البائع الحي، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً، وفي مسألة كتاب الإقرار نفى التحالف مطلقاً غير معلق بشرط؛ فإنه لم

(١) هكذا في النسخة م، وكان في الأصل والتصحيح ... على قول المشتري.

بقي: لا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن لا يأخذ من ثمن ما خرج من ملكه شيئاً، وفي المسألتين جميعاً تحالفا في ثمن بعد ما خرج بعض المعقود عليه.

وأبو يوسف رحمه الله تعالى في مسألة البيوع قال: يتحالفان في القائم، رضي البائع أو كره، في مسألة الإقرار قال: لا يتحالفان فيما بقي إلا أن يشاء البائع أن يأخذ النصف الباقي، ومحمد رحمه الله تعالى في مسألة البيوع قال: يتحالفان على القائم على الذي وعلى الهالك على القيمة، رضي البائع أو كره، وههنا شرط لإيجاب التحالف في النصف الباقي رضى البائع بأخذ النصف الباقي، والفرق مكتوب في الاستدراك.

١٢٢٣٣ - وفي المنتقى: إذا اشترى جرابين هرويين، واستهلك منه ثوباً أو هلك، ثم اختلفا في الثمن، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: ليس للبائع أن يأخذه ناقصاً، ولكن يأخذ الثمن الذي أقر به المشتري، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في المستهلك: القول قول المشتري بالحصة، وفي البقية يرده، إلا أن يرضى المشتري أن يأخذها بما ادعاه البائع، وعلى كل واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه.

قال الحاكم أبو الفضل: فرق أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه بين هلاك الثوب من الجراب من غير فعل أحد، وبين موت أحد العبدين، فقال: في موت أحد العبدين للبائع أن يأخذ الحي، ولا يأخذ معه شيئاً، وقال ههنا: ليس للبائع أن يأخذه ناقصاً، قال: وكذلك الثياب كلها، والبقر، والغنم، والرقيق، والدواب، والإبل، والدور، قال فيه أيضاً: واختلف قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فيما إذا اختلفا في قيمة الثوب الهالك، فقال في موضع: القول فيها قول البائع، وكذلك في موت أحد العبدين القول قول البائع في الهالك.

١٢٢٣٤ - وفي الأصل: إذا اشترى عبدين، وقبض أحدهما، ومات في يده، ومات الآخر في يد البائع، ثم اختلفا في ذلك، فقال المشتري للبائع: قبضت عبداً يساوي ألف درهم، ومات عندك عبد يساوي ألفي درهم، وقال البائع: لا، بل قبضت عبداً يساوي ألفي درهم والذي مات عندي يساوي خمسمائة، ذكر أن القول قول المشتري مع يمينه، وإنما وضع المسألة فيما إذا مات العبدان جميعاً: المقبوض وغير المقبوض، وذلك لأن أحدهما متى كان قائماً، لا يلتفت إلى اختلافهما في مقدار قيمة ما هلك عند البائع - لأنهما(١) تصادقا على أن قيمة أحدهما أكثر، وقيمة الآخر أقل، فمتى كان أحدهما حياً، يقوم، ويظهر قيمته،

(١) هكذا صحح ... في الأصل ... لأنهما

يظهر[1] قيمة الميت أنه كان أقل أو أكثر، فلا يلتفت إلى اختلافهما حينئذ. فوضع المسألة فيما إذا ماتا جميعًا، حتى لا يعرف قيمة واحد منهما من حيث العيان والمشاهدة.

ثم إنما جعل القول قول المشتري؛ لأن حاصل اختلافهما في مقدار ما ورد عليه القبض من المشتري، أو في مقدار ما تأكد على المشتري من الثمن؛ لأن البائع إذا يدعي يقول: قبضت أيها المشتري، أربعة أخماس المبيع، وتأكد عليه أربعة أخماس الثمن، والمشتري يقول: لا، بل قبضت ثلث المبيع، وتأكد علي ثلث الثمن، وأربعة أخماس حصته أكثر من ثلثه، فالبائع يدعي زيادة فيما قبضه المشتري، ويدعي زيادة تأكد في الثمن، والمشتري ينكر تلك الزيادة.

ولو أنكر القبض أصلًا ورأسًا، وقال: ما قبضت شيئًا منك، كان القول قوله، فكذا إذا أقر بقبض البعض، وأنكر قبض البعض، وكذا لو أنكر تأكد الثمن أصلًا، كان القول قوله، فكذا إذا أنكر تأكد البعض، وأقر بالبعض، ولا يتحالفان، وإن اختلفا في صفة الثمن][2]، وهو التأكد، والثمن دين، وذلك لأن الاختلاف في صفة الدين إنما يوجب التحالف إذا تصور صيرورة الدين شيئين إذ عين الدين على الوصفين اللذين اختلفا فيه، كما إذا اختلفا في الجودة والرداءة، إذا عين ألف جيد وألف رديء، كان غيرين، وإذا كانا غيرين، كان الاختلاف في صفة الثمن اختلافًا في أصل الثمن، وصفة التأكد ليست بصفة ليختلف الدين باعتباره مثل عين؛ لأنه ليس بوصف قائم في الدراهم حتى يختلف الدين بسببه، وكانا بمنزلة اختلافهما في صفة العين، وذلك لا يوجب التحالف ما لم تختلف العين بسبب اختلاف الصفة؛ فكذلك هنا.

ولو كان المشتري قبض العبدين، ثم مات أحدهما، وجاء المشتري بالآخر يرده بعيب، فاختلفا في قيمة الميت، فقال البائع: كان قيمته ألف، وقال المشتري: كان قيمته خمسمائة، كان القول قول البائع مع يمينه، فرق بين هذه وبين المسألة الأولى، وهو ما إذا لم يقبض أحد العبدين، حتى هلك عبد المقبوض في يد البائع، وهلك الذي قبضه المشتري، ثم اختلفا في قيمة غير المقبوض، ذكر: أن القول قول المشتري مع يمينه. وإنما كان كذلك؛ لأن المنكر في المسألة الأولى هو المشتري، والمدعي هو البائع، اعتبرنا حال المعقود عليه، أو حال الثمن؛ لأن البائع يدعي على المشتري قبض زيادة من المعقود عليه، وهو ينكر، ويدعي على المشتري تأكد زيادة في الثمن، وهو ينكر، فأي الأمرين ما اعتبرنا، كان البائع مدعيًا من كل وجه، والمشتري

---

(١) هكذا في جميع النسخ التي عندنا إلا النسخة "م" . وظهر قيمة ميت أنه كان أقل إلخ.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ "ب" و "ظ" و "م".

منكراً من كل وجه، فجعلت القول قول المشتري.

وأما في المسألة الثانية، فالمشتري يدعي من كل وجه، والبائع منكر من كل وجه، اعتبرت حال المعقود عليه، أم حال الثمن؛ لأنه يدعي على البائع رد زيادة من المعقود عليه، والبائع ينكر؛ ويدعي سقوط زيادة من الثمن، والبائع ينكر؛ لأن جميع الثمن تأكد على المشتري بقبضهما، وسقط بعضه بالرد بالعيب، فأي الأمرين اعتبرنا، كان المشتري مدعياً من كل وجه، والبائع منكراً، فجعلنا القول قول البائع مع يمينه في قيمة الميت، ولا يتحالفان.

وإن كان الاختلاف في قيمة الميت اختلافاً في مقدار ثمن الحي، وذلك لأنهما لم يختلفا في أصل الثمن، وإنما اختلفا في كيفية انقسام الثمن، البائع يدعي الانقسام مثلاً نصفين، والمشتري يدعي أثلاثاً، وقد ذكرنا: أن التحالف حال اختلافهما في مقدار الثمن بعد القبض ثابت نصاً، بخلاف القياس، فلا يقاس عليه الاختلاف في الانقسام، والنص الوارد بإيجاب التحالف إذا اختلفا في مقدار الثمن لا يكون وارداً دلالة، إذا اختلفا في الانقسام؛ لأن الاختلاف في الانقسام دون الاختلاف في أصل الثمن، وإذا جعل القول قول البائع مع يمينه في قيمة الميت، إذا حلف البائع، فإنه يقوم الحي قيمة عدل، غير معيب، فإن كان قيمة الحي غير معيب ألف درهم، وقيمة الميت ألفاً، كما يقول البائع، ظهر أن الثمن انقسم نصفين، فيرد الحي بنصف الثمن، ويبقى عليه النصف، وإنما اعتبرنا قيمة الحي غير معيب، وذلك لأن الثمن إنما ينقسم على المستحق بالعقد، والمستحق بالعقد للمشتري عبد سليم عن العيب، حتى لو وجد به عيباً، كان له الرد بالعيب، وإذا كان المستحق للمشتري بالبيع عبداً سليماً، وجب قسمة الثمن عليه باعتبار السلامة.

وإذا اختلفا في الثمن، وقد خرجت السلعة عن ملك المشتري، لا يتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، والقول قول المشتري مع يمينه، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتحالفان، ويترادان القيمة، كما في فصل الهلاك، فإن عادت السلعة إلى ملك المشتري، ثم اختلفا في الثمن، فإن عادت بسبب هو فسخ من كل وجه، نحو الرد بخيار الرؤية، أو خيار الشرط، أو العيب قبل القبض، أو بعده بقضاء، تحالفا، وإن عادت بسبب جديد من كل وجه، نحو الإرث، أو الصدقة، أو الشراء، لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وكذلك إذا عادت بسبب جديد في حق الثالث، وبالفسخ في حق المتعاقدين، كالرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، والإقالة، لا يتحالفان عندهما.

١٢٣٣٥ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع»: رجل اشترى من آخر غلاماً

الثمن، لا يتحالفان في الباقي.

والجواب عن هذا أن يقال: خروج بعض المبيع عن ملك المشتري إنما يمنع التحالف في الباقي عنده إذا كان الخروج لا إلى ملك البائع؛ لأن الفسخ بالتحالف مانع تمام الصفقة كالفسخ بخيار الرؤية [من حيث إن هذا الفسخ ثبت بجهالة مقدار الثمن، كالفسخ بخيار الرؤية ثبت][1] بجهالة أوصاف المبيع، وكان في فسخ العقد في أحدهما بالتحالف تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وإنه لا يجوز، وهذا المعنى لا يتأتى في مسألتنا؛ لأنهما عادا جميعاً إلى ملك البائع.

قال في "الكتاب": ألا ترى أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لو هلك أحد العبدين في يد البائع قبل القبض، ثم اختلفا في مقدار الثمن، يتحالفان في الباقي؛ لأن الأول هلك على ملك البائع، فلو رد الآخر عليه بسبب الفسخ بالتحالف، لا يؤدي إلى تفريق الصفقة، فههنا كذلك.

١٢٤٣٦- ولو ماتت الجارية في يد المشتري قبل أن يتحالفا، يحلف المشتري على ما ادعى البائع من ثمن الجارية، فقد جعل القول قول المشتري، ولم يوجب التحالف، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأن عندهما هلاك السلعة يمنع التحالف، فأما عند محمد رحمه الله تعالى فالتحالف يجري عند هلاكهما، فعند هلاك أحدهما أولى.

ثم إذا حلف المشتري عندهما، إن حلف، ثبت أن ثمنها ثلث المائة، وثمن العبد ثلثا المائة، ولو نكل المشتري عن اليمين، ثبت أن ثمن الجارية خمسون ديناراً، وثمن العبد كذلك، وقد سلمت الجارية للمشتري، فلزمه ثمنها، ويرد العبد على البائع بحصته من الثمن، وذلك خمسون ديناراً، وعند محمد رحمه الله تعالى يتحالفان في الكل، فإن نكل المشتري، رجع بخمسين ديناراً، وإن نكل البائع، رجع المشتري بثلثي المائة، وإن حلفا، فسخ القاضي العقد بينهما في الجارية [على القيمة، فرد المشتري قيمة الجارية، ويرجع على البائع بجميع المائة؛ لأن العقد انفسخ في كله في الجارية][2] بالتحالف، وفي العبد بالرد، وكذلك لو لم يجد بالعبد عيباً، لكن استحق العبد، كان الجواب في استحقاق العبد ما هو الجواب في الرد بالعيب.

١٢٤٣٧- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع" أيضاً: رجل اشترى عبدين، أحدهما بألف حالة، والآخر بألف إلى سنة في صفقة، أو صفقتين، فوجد بأحدهما عيباً،

(١) هكذا في النسخ كلها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: ظ و ف و م.

فرده، ثم اختلفا، فقال البائع: رددت علي الذي كان ثمنه مؤجلاً، وبقي عندك الذي كان ثمنه حالاً، فعليك أداء ثمنه، وقال المشتري: رددت عليك الذي كان ثمنه حالاً، فالقول قول البائع، سواء كان الباقي قائماً في يد المشتري، أو مستهلكاً؛ لأن الأجل يستفاد من جهة البائع، وما يستفاد من جهة إنسان، كان القول قوله في بيانه، ولأن اختلافهما في المردود غير معتبر في ثمن المردود؛ لأن ثمن المردود سقط بالرد، أي شيء كان، وإنما اعتبر في ثمن ما بقي في يد المشتري، يدعي أنه اشتراه بألف مؤجلاً، والبائع يدعي أنه اشتراه بألف حالة، والأصل أن المتبايعين متى اختلفا في الأجل وفي الثمن وحلوله، كان القول قول من يدعي الحلول؛ لأن من يدعي الحلول يتمسك بالأصل؛ لأن الحلول في الدين أصل؛ لأنه ثبت من غير شرط، والأجل عارض، والقول قول من يدعي الأصل، ولا يتحالفان؛ لأن الاختلاف وقع فيما ليس من نفس العقد، وهو الأجل، وجريان التحالف عرف بالنص فيما إذا كان الاختلاف واقعاً في نفس العقد، ولم يوجد.

وكذلك لو كان أحدهما حبشياً، والآخر هندياً، وقد اشترى الحبشي بألف درهم مؤجلة، واشترى الهندي بألف درهم حالة، ثم رد أحدهما، ثم ماتا جميعاً، وقد اختلفا على ما قلنا في المسألة الأولى، كان القول قول البائع؛ لما مر.

وشرط هذه المسألة موت العبدين، ولم يشترط في المسألة الأولى؛ لأن في هذه المسألة لو كان أحدهما حياً، أمكن القاضي معرفة صدق أحدهما، وكذب الآخر، بأن ينظر في لون الباقي، فيعرف أنه حبشي أو هندي، وإذا عرف الباقي يعرف الآخر ضرورة، وهذا المعنى لا يتأتى في المسألة الأولى، فلهذا لم يشترط موتهما في المسألة الأولى.

ولو كان الثمنان مختلفين؛ بأن كان ثمن أحدهما بعينه ألف درهم، وثمن الآخر بعينه مائة دينار، فرد أحدهما بالعيب، ثم اختلفا، فقال المشتري: رددت عليك الذي ثمنه مائة دينار، وقال البائع: لا، بل رددت علي الذي ثمنه ألف درهم، والآخر هالك، أو هالك غير المردود، وقبض البائع الثمن جميعاً، فالقول قول المشتري مع يمينه.

١٢٢٣٨ - وإن ادعى المشتري على البائع استرداد الدينار لما كان الثمن مقبوضاً، والبائع ينكر، مع هذا، جعل القول قول المشتري؛ لأن ثمن المردود، أي شيء كان، قد سقط بالرد، بقي الاختلاف بينهما في جنس ثمن غير المردود، وهو هالك في يد المشتري، والاختلاف متى وقع في جنس الثمن، والسلعة هالكة في يد المشتري، لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ولكن يكون القول قول المشتري مع يمينه، ولم يذكر قول محمد رحمه الله

تعالى هذا، حتى صار بعض مشايخنا أن الاختلاف لا يوجب التحالف فيما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن دون ما إذا اختلفا في جنس الثمن، والصحيح أن الكل على الخلاف.

ولو كان العبدان قائمين بأعيانهما، تحالفا وترادا بالإجماع، واسترد[1] المشتري الثمن من البائع جميعًا؛ لأن العقد قد انفسخ في أحدهما بسبب الرد بالعيب، وفي الآخر بسبب التحالف. ولو كان اشتراهما جميعًا بمائة دينار صفقة واحدة، فمات أحدهما عند المشتري ورد الباقي بالعيب، واختلفا في قيمة الهالك، فقال البائع: كانت ألفي درهم، وقيمة المردود ألف درهم، وقال المشتري: لا، بل كانت قيمة الهالك خمسمائة، وقيمة المردود ألف درهم، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن البائع استحق جميع الثمن بالبيع، وتم ذلك الاستحقاق بتسليم العبدين إلى المشتري، وبعد ذلك يتنازعان فيما يبطل استحقاقه برد العيب، فالمشتري يدعي زيادة فيه، والبائع ينكر، فيكون القول قول البائع، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة البائع أيضًا؛ لأنها تثبت زيادة في قيمة ما هلك في يد المشتري.

فإن قيل: بينة المشتري تثبت الزيادة أيضًا في ثمن المردود بالعيب، فوقع التعارض؟

قلنا: المنازعة بينهما إنما وقعت بسبب البيع، فإنما يعتبر اختلافهما في قيمة ما بقي فيه العقد، والذي بقي فيه العقد غير المردود، فيعتبر[2] اختلافهما في قيمة غير المردود، وبينة البائع تثبت الزيادة في ذلك، ولأن بينة البائع تثبت[3] الزيادة فيما بقي فيه العقد، وتثبت الزيادة فيما بقي مستحقًا له من الثمن؛ فكانت أولى بالقبول.

ولو قال البائع: كان ثمنهما واحدًا، وكان ألفي درهم، وقال المشتري: كان ثمن الهالك خمسمائة، وثمن المردود ألف وخمسمائة، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه لا منازعة بينهما في ثمن المردود بالعيب؛ لأن ذلك قد سقط بالرد، وإنما المنازعة في ثمن الهالك في يد المشتري، والمنازعة فيه إنما وقعت من وجهين: أحدهما: في كونه مسمى، والآخر في مقدار ثمنه، والاختلاف متى وقع في مقدار الثمن بعد هلاك السلعة، لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ويكون القول قول المشتري مع يمينه، وعند محمد رحمه الله تعالى: يتحالفان، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك تصادقا أن ثمن الهالك لم يكن مسمى

(١) في النسختين [illegible] : واسترد المشتري

(٢) في النسخة [illegible] : فيعتبر بدلا من فيعتبر

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ [illegible]

هشام عن محمد رحمه الله تعالى: إذا أقر المشتري بثمن يسير، والسلعة مستهلكة، وهي ثمن دراهم كثيرة، فإن أبا يوسف رحمه الله تعالى كان يقول: القول قول المشتري، ثم بحثنا عليه، فرجع، وقال: إذا كان من ذلك شيئًا يتغابن الناس في مثله، قبلت قوله، قال محمد رحمه الله تعالى: وأما أنا، فأرى أن ألزمه قيمة ذلك.

وفي نوادر ابن سماعة[1]: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في عين هذه الصورة: أنه إذا أقر المشتري بما لا يتغابن الناس في مثله، لا أقبل ذلك منه، وأقضي عليه قيمة المبيع، قال: فإن كنت إنما أردت أن أقضي عليه بالقيمة، رجع، وأقر بشيء يتغابن الناس فيه قبلت ذلك منه، وإن كنت: قد قضيت عليه بالقيمة، لم أقبل رجوعه بعد القضاء.

قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من رجل ثوبًا، فقال المشتري: اشتريته بعشرين، وقال البائع: بعته بثلاثين، فتجاذبا الثوب وهو في أيديهما، فتمزق، وانقطع، وصار بعضه في يد البائع، وبعضه في يد المشتري، ولم يكن المشتري نقد الثمن، قال: يتحالفان، فإذا حلفا، فالبائع بالخيار، إن شاء، سلم الثوب للمشتري بالعشرين، ويحط عن الثمن[2] نصف ما نقص الثوب من العشرين؛ لأن كل واحد منهما قد جذب، فصار جانيًا.

قلت: لو كان أمسكه أحدهما، ولم يجذبه، وجذب الآخر أكان النقصان كله على الجاذب؟ قال: نعم، قال: وهذا الجواب على قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وهو الجواب على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

١٢٣٤٦- وإن اشترى ثوبين، وقبضهما، واستهلك أحدهما، والآخر قائم في يده، فقال البائع: بعتك الثوبين بثلاثين درهمًا، وقال المشتري: بعشرين درهمًا، قال محمد: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن حلفا، فالبائع بالخيار، إن شاء، أمضى البيع، وأخذ العشرين، وإن شاء، أخذ الثوب القائم، ولا شيء له من ثمن الثوب المستهلك.

سأل هشام عن محمد رحمه الله تعالى على قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فيمن اشترى ثوبًا وشقه نصفين، وصبغ نصفه، والنصف الآخر في يده أبيض، ثم اختلفا في الثمن، قال: إن شاء البائع، أخذ هذا النصف الأبيض، ولا شيء له غيره، ولا سبيل له

(١) وفي النسختين: [illegible] روى ابن سماعة [illegible] وفي نوادر ابن سماعة.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في النسختين: [illegible] عن المشتري مكان عن الثمن

على الصلح، وإن شاء ترك، وأخذ ما أقر به المشتري من الثمن.

قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع»: إذا اشترى الرجل من آخر جارية، وقبضها، وماتت في يده، واختلفا في ثمنها، فقال المشتري: اشتريتها منك بألف درهم بهذا الوصف، وقال البائع: بعتكها بألفي درهم، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يقيم الجارية على ألف درهم، وعلى قيمة الوصف، فإن كان قيمة الوصيف خمسمائة درهم، كان القول قول المشتري في ثلثي الجارية بألف درهم، ولا يتحالفان، وفي ثلث الجارية وهي حصة الوصيف يتحالفان، الأصل في هذا أن المتبايعين متى اختلفا في مقدار الثمن، أو جنسه بعدما هلكت السلعة في يد المشتري، وكان الثمن دراهم، أو دنانير، فالقول قول المشتري مع يمينه، ولا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد رحمه الله تعالى: يتحالفان، ويفسخ العقد على القيمة، وقد مر هذا فيما تقدم.

وإن كان الثمن عرضًا، والمسألة بحالها، فإنهما يتحالفان عندهم جميعًا، ويفسخ العقد على [١] القائم مقصودًا، وعلى الهالك حكمًا وتبعًا للقائم باعتبار القيمة؛ لأن فسخ البيع بسائر أسباب الفسخ جائز بعد هلاك القيمة، فكذا بالتحالف، وأما إذا ادعى أحدهما أن بدل السلعة كان ثمنًا، وادعى الآخر أنه كان عرضًا، إن كان مدعي العرض المشتري، فإنهما يتحالفان عندهم جميعًا، ويغرم المشتري قيمة السلعة يوم قبضها لصاحبه.

وإن كان مدعي العرض البائع، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى فالقول قول المشتري مع يمينه، ولا يتحالفان، ويغرم المشتري الثمن الذي أقر به البائع؛ لأن البيع قابل للفسخ في زعم أحدهما، غير قابل في زعم الآخر، فيجب التحالف من وجه دون وجه، فعملنا بهما من الوجه الذي بينا، إلا أنا عملنا بما يوجب التحالف متى كان المشتري مدعيًا للعرض [لأنا لو عملنا بما يوجب التحالف متى كان البائع مدعيًا للعرض][٢]؛ لا يمكن تحليف البائع؛ لأن البائع إنما يحلف بدعوى المشتري؛ لأن المشتري لا يدعي عليه شيئًا، ومتى كان المدعي للعرض المشتري، أمكننا تحليف البائع بدعوى المشتري؛ لأن المشتري [٣] يدعي شيئًا في هذه الحالة؛ فإنه يزعم أن البيع قابل للفسخ، وأن الثمن واجب على البائع، فأمكن تحليف

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: ظ، ب، ف، و، م.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: ظ، ب، ف، و، م.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: ظ، ب، ف، و، م.

الثوب إذا نقص لم أنقص من الثمن.

عمرو بن أبي العلا: عن محمد رحمه الله تعالى: رجل قال لآخر: اشتريت منك هذا العبد بألف درهم ربوقا، أو نبهرجة، أو ستوقة، أو رصاصًا، قال ذلك موصولا، وقال المقر له: بالجياد، فالقول قول المقر له في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في الزيوف والنبهرجة: يتحالفان، ويترادان البيع.

وأما في الستوقة والرصاص فالقول قول البائع عند أبي يوسف رحمه الله تعالى؛ لأن المشتري لا يصدق على فساد البيع، وقال محمد رحمه الله تعالى: القول قول المشتري؛ لأنه لم يقر إلا ببيع فاسد.

نوع آخر
في الاختلاف الواقع في الثمن مع الأجل:

١٢٢٤٢- رجل ادعى على رجل أنه باع منه هذه الجارية بألف درهم إلى سنة، وأقام بينة، وأقام مولى الجارية بينة أنه باعه الجارية بألفي درهم حالة، قضي للمشتري ألف حالة، وألف إلى سنة؛ لأني أخذت ببينة البائع في الثمن، وأخذت ببينة المشتري في الأجل؛ وهذه الألف المؤخرة ليست من الألف التي أقر بها المشتري أنها هي الثمن، ولكنها من الألفين جميعًا، من كل ألف خمسمائة.

ولو قال: بعتها بألف درهم إلى ثلاث سنين، كل سنة ثلث الألف، وقال البائع: بل بعتكها بألفي درهم إلى سنتين، كل سنة ألف درهم، فإني أجعل الثمن ما قال البائع الألفين، وأؤخر منها ألفًا إلى ثلاث سنين، في كل سنة ثلث الألف، وهذا الثلث المؤخر إلى السنة الثالثة من الألفين، فيؤدي إلى السنة الأولى خمسة أسداس ألف درهم، ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وفي السنة الثانية كذلك، وفي السنة الثالثة يؤدي ثلث الألف، هذه المسألة من «المنتقى».

١٢٢٤٣- وفي «نوادر ابن سماعة»: عن محمد رحمه الله تعالى: رجل ادعى على رجل أنه باعه هذا الثوب بمائة درهم إلى خمسة أشهر، كل شهر عشرين درهمًا، وأقام على ذلك بينة، وأقام المدعى عليه بينة أنه اشتراه بخمسين درهمًا إلى عشرة أشهر، كل شهر خمسة، قال: إن كان رب الثوب قد أقام البينة على فضل خمسين درهمًا، فأقبل بينته فيه، وقد زعم أن له من المائة كل شهر عشرين؛ وقد أقر المدعي له بخمسة في كل شهر، فادفع إلى المدعي في

الشهر الأول خمسة، أقر له بها المدعى عليه، وخمسة عشر من دعوى المدعي في خمس الخمسين الذي أثبته بالبينة، وكذلك في الشهر الثاني والثالث، فيأخذ في ثلاثة أشهر ستين درهمًا، خمسة عشر بحكم إقرار المدعى عليه، وخمسة وأربعين بحكم دعواه المؤكد بالبينة، فإذا أخذ ذلك بقي له من الخمسين التي أقام عليها البينة: خمسة يأخذ ذلك في الرابع بحكم البينة، ويأخذ خمسة أخرى أيضًا في الشهر الرابع بإقرار المدعى عليه، وما بقي بعد ذلك أخذ في كل شهر خمسة حتى يتم المائة على الأجل الذي أقام المدعى عليه بالبينة.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى بخلاف، فإنه يقول: الخمسين التي أقام عليه المشتري البينة من المائة التي زعم المدعي أنها له على المشتري، فاجعل الخمسين على الأجل الذي أقام عليه المشتري البينة، بقيت خمسون بزعم المدعي، فأقضي للمدعي بعشرة من هذه الخمسين في كل شهر؛ لأن المدعي لو ادعى العشرين من المائة كلها، فيكون مدعيًا من هذه الخمسين في كل شهر عشرة، وقد عزلت خمسين من المائة على دعوى المشتري على أجلها، فيأخذ المدعي في الشهر الأول خمسة المدعى عليه مقر له بها، ويأخذ عشرة من الخمسين الفاضلة لما ذكرنا أنه ادعى العشرين من المائة كلها، فيكون مدعيًا من الخمسين الفاضلة عشرة، فيأخذ خمسة عشر في خمسة أشهر، وذلك خمسة وسبعون، بقي هناك خمسة وعشرون، يأخذ منها في كل شهر خمسة، فيحصل الاستيفاء في عشرة أشهر.

قال محمد رحمه الله تعالى: ما ذكر من الجواب فذلك في الثوب، والعبد، والدار يختلفان في ثمنه وأشباهها، فأما إذا أقام رجل بينة على رجل بدين مائة درهم أن له عليه مائة درهم في خمسة أشهر، في كل شهر عشرين، وأقام الآخر عليه البينة أن له عليه خمسين في عشرة أشهر في كل شهر خمسة، فهما مالان، فأقضي عليه بدعوى المدعي بمائة درهم في خمسة أشهر.

١٢٣٤٤ - وفيه أيضًا عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أقام بينة على رجل أني بعت منك هذا الثوب بمائة درهم، تؤديها إلي في عشرة أشهر، في كل شهر عشرة، وأقام المدعى عليه بينة أنه اشتراه منه بستين درهمًا في عشرين شهرًا في كل شهر ثلاثة، فإني أقبل بينة البائع على فضل الثمن، وأقبل بينة المشتري على الأجل، فيأخذ منه البائع خمسة أشهر عشرة؛ لأن المشتري مقر له بثلاثة كل شهر، فيأخذ منه البائع في خمسة أشهر ثلاثة كل شهر بإقراره، ويأخذ سبعة من الأربعين التي ادعاها البائع فضلًا على الستين، فإذا أخذ منه خمسة أشهر عشرة، فقد بقي للبائع من الأربعين الفاضلة خمسة، فيأخذها منه في الشهر السادس، وثلاثة

أخرى قد أقر بها المشتري، ثم يأخذ منه بعد ذلك كل شهر ثلاثة، حتى يستوفي ثلاثة، فيأخذ المائة في عشرين شهرًا على الأجل الذي أقام المشتري عليه البينة. وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في المسألة الأولى تقول: هذه الستون التي أقام عليه المشتري البينة من جميع المائة التي زعم المدعي أنها له على المشتري، فاجعل الستين على الأجل الذي أقام عليه المشتري البينة، بقي هناك أربعون بزعم المدعي، فأقضي للمدعي بأربعة من هذه الأربعين في كل شهر؛ لأنه ادعى العشرة في كل شهر من المائة كلها، فيكون مدعيًا من هذه الأربعين أربعة في كل شهر، فأقضي له بذلك ببينته، وأقضي له من الستين التي المشتري مقر بها في كل شهر ثلاثة، فيأخذ من جميع المائة في كل شهر سبعة، فيأخذ هكذا سبعة سبعة في عشرة أشهر عشر مرات يبقى هناك إلى تمام المائة ثلاثون، فيستوفيها في عشرة أشهر فكل شهر ثلاثة، فيحصل استيفاء المائة في عشرين شهرًا على الأجل الذي ادعاه المشتري.

قال محمد رحمه الله تعالى: لا أجعل الخمسين في المسألة الأولى من المائة كلها، ولا الستين في المسألة الثانية من المائة كلها، ألا ترى أن البائع لو قال: بعته بألفين: ألف حالة، وألف إلى شهر، وقال المشتري: اشتريته بألف إلى شهرين، وأقاما جميعًا البينة أني آخذ منه ألفًا الساعة، وألفًا إلى شهرين، فقال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وعلى قياس قول أبي يوسف يجعل الألف [المؤخرة](1) إلى شهرين من الألفين الحالة والمؤخرة، فيجعل خمسمائة حالة، وخمسمائة إلى شهر، وألفًا إلى شهرين.

١٢٣٤٥- رجل أقام بينة على رجل أنه اشترى منه هذا الثوب بخمسة عشر درهمًا إلى شهر، وأقام الذي في يديه الثوب بينة أنه باعه نصف هذا الثوب بعشرة دراهم حالة، قال: يدفع إليه الثوب، وله خمسة عشر درهمًا إلى شهر، ألا ترى أنه لو قال: بعتك هذا الثوب بألف حالة، وأقام بينة، وأقام الآخر بينة أنه اشترى هذا العبد الآخر بألف إلى سنة، أنهما له بألف إلى سنة.

نوع آخر في الاختلاف في الثمن
وفيه تعيين(2) مسائل الاختلاف في الثمن:

١٢٣٤٦- وإذا وقع الاختلاف في المبيع، فقال المشتري: اشتريت منك هذا العبد بألف

---

(١) ما بين المعقوفين [illegible] في الأصل [illegible]

(٢) في النسخ [illegible] مكان تعيين.

درهم، وقال البائع: لا، بل بعت منك هذه الجارية بألف درهم، فلا يخلو: إما أن يكونا في يد البائع، أو في يد المشتري، أو كان العبد في يد الثالث، فإن كانا في يد المشتري، فلا يخلو: إما إن قال البائع للمشتري: العبد ملكك، لم أبعه منك، وإنما بعتك الجارية بألف درهم، ولي عليك ألف درهم من ثمن الجارية، وفي هذا الوجه الألف لازم على المشتري، والعبد سالم له؛ لأنهما اتفقا على سلامة العبد له، وكذلك إن اتفقا على وجوب الألف عليه، ولكن اختلفا في جهته، والاختلاف في الجهة في مثل هذا لا يضره، كمن قال لآخر: لك علي ألف درهم من ثمن متاع، وقال الآخر: لا، بل من قرض.

وإن قال البائع للمشتري: العبد ملكي، ما بعته منك، وإنما بعتك الجارية بألف درهم، ذكر هذه المسألة في كتاب الإقرار في موضعين، وأجاب في أحدهما أن القول في العبد قول البائع؛ لأن المشتري أقر له بملك العبد، حيث ادعى الشراء منه، إلا أنه ادعى التملك عليه، وهو أنكر التملك عليه، والقول قول المنكر في الشرع.

فإذا حلف البائع على العبد، أخذ العبد، ولا شيء على المشتري؛ لأن المشتري إنما أقر له بالألف على نفسه عوضاً عن العبد، ولم يسلم له العبد، فكان له أن لا يعطيه الألف، وأجاب في الموضع الآخر أنهما يتحالفان؛ لأن كل واحد منهما يدعي على صاحبه عقداً غير العقد الذي ادعى صاحبه عليه؛ لأن العبد غير الجارية، فكان العقد على الجارية غير العقد على العبد، فهو معنى قولنا: كل واحد منهما يدعي على صاحبه عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه، فيتحالفان، كما لو اختلفا في جنس الثمن.

وإن كان في يد البائع، فالجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا فيما إذا كانا في يد المشتري، وإن كان العبد في يد الثالث، إن صدق صاحب اليد المشتري فيما قال: أمر بالتسليم إليه، ثم الحكم فيه ما ذكرنا فيما إذا كان العبد في يد المشتري.

وإن قال صاحب اليد: العبد في ملكي، فالقول قوله مع اليمين، ولا شيء على المشتري؛ لأنه ما أقر بالألف على نفسه إلا عوضاً عن العبد، ولم يسلم له العبد، وإن قال صاحب اليد: العبد للبائع، أمر بالتسليم إليه، والحكم فيه بعد ذلك ما ذكرنا فيما إذا كانا[1] في يد البائع.

وإن قال المشتري: اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بألف درهم، وقال البائع: بعت منك هذه الجارية لا غير، بألف درهم، فالجواب في هذه المسألة على التفاصيل التي مرت

(١) هكذا في الأصل والمخطوطين [illegible]، وكان في النسخة م: إذا كان العبد في يد البائع.

بعقد واحد إنما يثبت بأحد طريقين: إما بإمكان رد إحدى البينتين، أو بإمكان القضاء بكل واحد من البينتين، بإثبات الزيادة في عقد واحد على ما يأتي بيانه في مسائل السلم، وههنا رد إحدى البينتين غير ممكن؛ لأن كل واحدة منهما قامت على إثبات ما هو محتاج إليه، وتعذر القضاء بينهما من حيث القضاء بإثبات الزيادة في كل واحد من البدلين؛ لأن العبد لا يتصور زيادة في الجارية، ولا الجارية في العبد، ولا الدراهم في الدنانير، ولا الدنانير في الدراهم.

وإذا فات إمكان القضاء بعقد واحد، وجب القضاء بعقدين ضرورة.

١٢٣٤٨- ولو قال: بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقال المشتري: اشتريتها بخمسين دينارًا، وأقاما بينة، فالبينة بينة البائع؛ لأنها أكثر إثباتًا، ويقضي بعقد واحد؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن المبيع عين، والعين الواحدة متى صار مستحقًا للمشتري بالشراء، لا يتصور أن يصير مستحقًا بالشراء مرة أخرى ما لم يعد إلى البائع بسبب من الأسباب، ثم يشتري منه ثانيًا، والشهود لم يشهدوا بالعود إلى البائع، فكان القضاء بالعقدين متعذرًا.

ولو قال المشتري: بعتني مع هذه الجارية وصيفًا بخمسين دينارًا، وقال البائع: بعتك الجارية وحدها بمائة دينار، وأقاما البينة، فإنه يقبل بينة كل واحد منهما فيما ادعى من إثبات الزيادة لنفسه؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن الجارية بائنة بهما صارت مستحقة للمشتري من جهة البائع بالشراء، فلا يتصور استحقاقها بالشراء من جهته بعد شيء آخر إلا بعد عود الجارية إلى البائع، والشهود لم يشهدوا بذلك. وإذا تعذر القضاء بالعقدين، وليست إحدى البينتين بالقبول بأولى من الأخرى؛ لأن كل واحدة قامت على إثبات زيادة ادعاها صاحبها، وجب قبولها في إثبات ما قامت عليه لكل واحد منهما، فتقبل بينة البائع في إثبات الزيادة في الثمن، فيقضي على المشتري بمائة دينار، وتقبل بينة المشتري في إثبات الزيادة في المبيع، فيقضي على البائع بالجارية والوصيف.

١٢٣٤٩- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": رجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهم، وقبضه، ووهب البائع عبدًا آخر للمشتري، وسلمه إليه، فمات أحد العبدين، فجاء المشتري يرد الباقي بالعيب، فقال البائع: لم أبعك هذا العبد، إنما بعتك العبد الذي مات، وهذا العبد الذي وهبته منك، وقال المشتري: لا، بل هذا الحي هو الذي اشتريته منك بألف درهم، ولا بينة لواحد منهما، كان القول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشتري يدعي فسخ العقد في العبد الحي، والبائع منكر، ولأن المملك هو البائع، فيكون القول قوله في بيان سبب الملك، أي ملكت هذا العبد بالهبة.

ولو لم يجد المشتري بالعبد عيبًا، ولكن أراد البائع أن يرجع في الهبة، وقال: إن الحي هو الذي وهبته، وأنكر المشتري، فالقول قول البائع لما قلنا من المعنى الثاني، وإذا رجع فيه، كان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن الذي نقده؛ لأنا إذا جعلنا القول قول البائع في كيفية تمليك العبد باعتبار أن تمليك العبد استفيد من جهة المشتري، فوجب أن يقبل قوله في كيفية تمليك الثمن أيضًا، وفي زعم المشتري أنه إنما ملك الثمن بإزاء العبد الحي ولم يسلم له العبد الحي، فلا يسلم للبائع أيضًا الثمن، بخلاف المسألة الأولى، حيث لا يرجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن هناك في زعم المشتري أن العبد الذي بمقابلة الثمن سلم للمشتري؛ إذ امتنع الرد، فجاز أن يسلم البائع في زعم المشتري، أما هنا بخلافه على ما مر.

وإذا رجع المشتري على البائع بالثمن، رجع البائع على المشتري بقيمة العبد الذي مات في يده؛ لأن البائع يقول: إنما ملكت ذلك الذي مات عوضًا عن هذا الثمن الذي استحقه، ويقول البائع في ذلك أيضًا قول، فإذا لم يسلم الثمن للبائع، وجب على المشتري رد المبيع، وإنه لم يرده صورة بسبب موته، فيجب رده معنى، وذلك برد القيمة، ولكن هذا كله بعد أن يتحالفا، فيحلف البائع بالله: ما بعت هذا الغائب، فإذا حلف، اعتبر القائم موهوبًا في حقه، فيرجع فيه، ويحلف المشتري بالله: ما اشتريت منه الذي مات، وإذا حلف، رجع على البائع بالثمن، ثم إنما وجب التحالف هنا؛ لأن البائع يدعي الرجوع في الهبة، والمشتري ينكر، والمشتري يدعي الرجوع بالثمن، والبائع ينكر، فلهذا جرى التحالف... ثم أوجب التحالف في هذه المسألة، ولم يوجب الحلف على المشتري في المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى البائع لا يدعي على المشتري شيئًا؛ لأنه لا يرجع في الهبة، أما في المسألة الثانية البائع مع المشتري كل واحد منهما يدعي على صاحبه شيئًا على ما مر، فجرى التحالف(١) في المسألة الثانية.

وإن كان العبد هالكًا بخلاف ما إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن، والسلعة هالكة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأن هناك اتفق العاقدان أن التمليك حصل بجهة واحدة، وهو البيع، بقي الاختلاف في مقدار الثمن، فيكون القول قول من ينكر الزيادة، وهو المشتري، أما هنا اختلفا في جهة التمليك، فالبائع يدعي تمليك الهالك بالبيع، والمشتري ينكر، والمشتري يدعي تمليك الهالك بالهبة، والبائع ينكر، فوجب التحالف لهذا.

١٢٢٥٥- ولو اشترى عبدين أحدهما بألف درهم، والآخر بمائة دينار، كل واحد منهما صفقة على حدة، وتقابضا، فمات أحدهما عنده، ثم وجد بالباقي عيبًا، واختلفا في ثمنه،

(١) وفي النسخة: فلا يجري التحالف في ثم أوجب التحالف في المسألة الثانية.

قال البائع: ثمنه ألف درهم، وقال المشتري: لا، بل مائة دينار، فله أن يرد بالعيب؛ لأن حق الرد لا يختلف باختلاف الثمن، ولا يتعلق حقه بذلك، وإذا رد، بقي الاختلاف بينهما في ثمن مردود، وتمليك الثمن استفيد من جهة المشتري، فيكون القول قوله أنه ملكه بإزاء هذا العبد، ولا يتحالفان؛ لأن المقصود من التحالف الفسخ، وقد حصل ذلك بالرد بالعيب، وكذلك يكون القول قول المشتري في ثمن الهالك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى مع يمينه، وعند محمد رحمه الله تعالى يتحالفان، ويرد المشتري قيمة الميت، وكان على البائع رد الثمنين جميعاً؛ لأن العقد انفسخ في العبدين، في أحدهما في الرد بالعيب، وفي الآخر بالتحالف، ولو كان حياً، والمسألة بحالها، رد المشتري العبد المعيب بالثمن الذي ادعاه من غير تحالف؛ لحصول ما هو المقصود من التحالف، وهو الفسخ في المردود بسبب الرد، ويتحالفان في الباقي؛ لأنهما اختلفا في الثمن الباقي صورة، خلافهما في ثمن المردود الساعة قائمة، فيتحالفان، ويترادان، ويرجع المشتري على البائع بالثمنين جميعاً، وانفساخ العقد في العبدين على ما مر.

١٢٣٥١ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل باع من آخر ثوباً مرابحة فقبضه أو لم يقبضه حتى اختلفا، فقال البائع: بعته على أنه ستة في سبع، وقال المشتري: اشتريته على أنه سبع في ثمان، فالقول قول البائع مع يمينه.

وفي نوادر هشام: إذا اشترى من آخر ثوباً، وقال المشتري: بعتنيه على أنه ستة أذرع في ثمانية أذرع، وهو سبع في سبع، وقال البائع: بعتك ثمانية وأربعين ذراعاً، فالقول قول البائع في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

ولو كان المشتري قال: اشتريته على أنه ثمان في ثمان، كل ذراع بدرهم، وقال البائع: بعتك بستين، ولم تسم ذرعاناً، فالقول قول المشتري، ويتحالفان، ويترادان على قولهما. قال هشام: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل له أجمة تدعى الكذا، وفيها سمك يساوي ألفاً، فاشترى رجل منه الأجمة بعشرة آلاف درهم، واجتناها، فقال البائع: بعتك القصب، وقال المشتري: إنما وقع الشراء على الأجمة، قال: أفسد البيع.

١٢٣٥٢ - إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى ثوباً في موضعين بكذا درهماً، وبعض[1] في أحدهما، وذهب الربح من الموضع الآخر، واختلفا في مقدار ما قبض وما ذهب، فإن كان ما قبض قائماً تحالفا، وترادا، وإن كان مستهلكاً، فالقول قول المشتري

(١) وفي م: وقبض أحدهما صحيحاً، وذهب الربح بالموضع الآخر، واختلفا في مقدار ما قبض

في قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وقال محمد رحمه الله تعالى : يتحالفان ، ويرد المشتري مثل ما أخذ من الثمن ، والقول فيه قوله .

١٢٣٥٣ - وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل اشترى من آخر سرجاً ، ثم اختلفا ، فقال البائع : بعتكه بغير ركابه ، وقال المشتري : لا ، بل مع ركابه ، أو اشترى خاتماً ، ثم اختلفا في فصه ، فقال البائع : بعته بغير فصه ، وقال المشتري : لا ، بل مع فصه ، فإنهما يتحالفان ، ويترادان .

١٢٣٥٤ - وفي "نوادر هشام" : قال : سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من رجل كبّاسة بمائة درهم ، ثم اختلفا ، فقال المشتري : اشتريت منك رقبة الأرض ، وقال البائع : إنما بعتك الكبّاسة التي عليها ، قال : ينظر إلى الغالب من الثمن ، فأيهما[1] كان الغالب جعلتها به ، وكذلك لهذا في شراء الأجمة ، والمطحنة ، والمبقلة ، وكذا في شراء النخلة من الرطب ، ينظر إلى الغالب .

وفي "البقالي" : إذا اختلفا في الثياب ، والجراب ، والراوية ، والماء ونحوها على أيها وقع البيع ، يعتبر مقدار الثمن ، وإن استوى الأمران في العادة ، لم يجز ، قال أبو يوسف رحمه الله : وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه - في رجل اشترى عبداً بألف درهم ، وقبضه ، ونقده الثمن ، ثم ادعى المشتري أنه كان مع العبد أمة [بعينها][2] في البيع ، وجحد البائع ذلك ، فالقول قول البائع ، ولا يرد شيئاً من الثمن بعد أن يحلف بالله : ما باعه هذه الأمة مع العبد .

١٢٣٥٥ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال الرجل لغيره : بعتك هذا العبد بألف درهم ، وأقام البينة ، وقال المدعى عليه : اشتريته منك وهذا العبد الآخر بألف درهم ، وأقام البينة ، فإني أجعلها جميعاً بألف ، ولو قال المشتري : اشتريتهما منك هذا بخمسمائة ، وهذا بخمسمائة ، وقال البائع : بعت هذا وحده منك بألف درهم ، وأقاما البينة ، فإني أجعل عليه الألف للعبد الذي أقام عليه البائع بينة أنه باعه بالألف ، وأجعل عليه خمسمائة للعبد الآخر ، قال : وكان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول : إذا قال المشتري : اشتريتهما منك بألف درهم ، وأقام بينة ، وقال البائع : بل بعت هذا وحده بألف درهم ، وأقام بينة ، فعليه ألف وخمسمائة ، ثم رجع ، وقال : هما بألف ، وقال زفر : قوله الأول أحب إليّ .

وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال الرجل لغيره : اشتريت منك

(١) هكذا في النسختين "ف" و"م" ، وكان في الأصل والنسخة "ط" : فإن كان .

(٢) هكذا في النسختين : "ف" و"م" ، وكان في الأصل : بينها ، وفي النسخة "ط" : بعينها .

نوع آخر

في دعوى البيع مع دعوى الإعتاق:

١٢٣٥٩ - رجل ادعى على آخر أني بعت منك هذا العبد الذي في يدي بألف درهم، وأعتقته أنت أيها المشتري، وقال المشتري: ما اشتريته، وما أعتقته، فإن أقام البائع بينة، سمعت بينته على الشراء والعتق؛ لأنه خصم في إثبات الشراء، والعتق؛ لأن بالشراء، يثبت أصل الثمن، وبالعتق يثبت تأكد الثمن، وخروج المبيع عن ضمان البائع، ودخوله في ضمان المشتري؛ لأن الإعتاق قبض معنوي على ما عرف، فإن لم يكن له بينة، وطلب من القاضي أن يحلف المشتري، حلفه أولا على دعوى الشراء، فإن حلف على دعوى الشراء، لا يحلفه على دعوى العتق بعد ذلك؛ لأنه لا فائدة فيه؛ لأنه لم يثبت الملك للمشتري؛ لما حلف، ولكن يعتق العبد على البائع بحكم إقراره أن ما ملكه قد أعتقه، وكان ولاء العبد موقوفًا؛ لأن كل واحد منهما ينفيه عن نفسه.

هذا إذا حلف على دعوى الشراء، وإن نكل عن دعوى الشراء، حتى صار مقرًا بالشراء لأن يحلف على دعوى العتق؛ لأن البائع يدعي عليه قبض المعقود عليه، وتأكد الثمن، وهو منكر، فإن نكل، يثبت العتق من جهته، وكان ولاء العبد له، وإن حلف، لم يثبت العتق، وكان ولاء العبد مملوكًا للمشتري؛ لأنه لو ثبت العتق ههنا ثبت بشهادة البائع، والعتق لا يثبت بشهادة البائع؛ لأنه فرد.

هذا إذا كان العبد في يد البائع، وإن كان في يد المشتري، وباقي المسألة بحالها، فإن أقام البائع بينة على ذلك، سمعت بينته على المشتري؛ لما مر، ولا يسمع بينته على العتق عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، بخلاف الفصل الأول؛ لأن في الفصل الأول إنما قبلت بينة البائع على العتق؛ لما فيه من إثبات القبض الذي هو حقه، والقبض ههنا ثابت بالمعاينة، فلا حاجة إلى إثباته بالبينة، فلم ينتصب البائع خصمًا في دعوى العتق، فالتحق دعواه بالعدم، والبينة على عتق العبد لا تقبل من غير الدعوى، وعندهما تقبل البينة على العتق؛ لأن عندهما الدعوى ليست بشرط لقبول البينة على العتق، وإن لم يكن للبائع بينة، يحلف المشتري على دعوى الشراء، فإن حلف، لا يحلف على دعوى العتق بالإجماع، ويعتق العبد على البائع بحكم إقراره على ما مر، وكان ولاؤه موقوفًا، وإن نكل عن دعوى الشراء، ثبت الشراء بإقراره، ثم لا يحلف على العتق بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن دعوى العتق من البائع التحق بالعدم، فلو حلف المشتري، حلف حسبة بدون الدعوى.

ومن مذهب أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه لا يحلف حسبة على عتق العبد بدون الدعوى، كما لا تقبل البينة عليه حسبة بدون الدعوى.

وأما عندهما فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح الزيادات أن عندهما لا يحلف حسبة بدون الدعوى، بخلاف قبول البينة، وأشار محمد رحمه الله تعالى في كتاب التحري أنه يحلف على طلاق المرأة بدون الدعوى، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده وشمس الأئمة هذا في شرح كتاب التحري: أنه يحلف على طلاق المرأة وعتق الأمة عندهما حسبة بدون الدعوى، وهما يلحقان عتق العبد بعتق الأمة وطلاق المرأة حتى قالا: تقبل البينة على عتق العبد حسبة بدون الدعوى، كما تقبل على طلاق المرأة وعتق الأمة، فالصحيح عندهما أنه يحلف على عتق العبد حسبة بدون الدعوى، ثم عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إذا لم يحلف على دعوى العتق، كان العبد مملوكاً للمشتري، لا يحكم بعتقه؛ لأنه لو عتق، عتق بمجرد قول البائع، والعتق لا يثبت بقول الفرد، وعندهما إذا حلف إن نكل، صار مقراً بالعتق، ويكون ولاء العبد له، وإن حلف، بقي العبد مملوكاً.

١٢٣٦٠- وإذا ادعى على غيره أني بعت منك هذا العبد بمائة دينار، وأعتقته أنت أيها المشتري، وقال المشتري: اشتريته منك بألف درهم، وما أعتقته، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يحلف المشتري على العتق أولاً، ولا يتحالفان بسبب اختلافهما في جنس الثمن؛ لأنهما اتفقا على الشراء؛ لأن البائع ادعى البيع بمائة دينار، والمشتري أقر بالشراء بألف درهم، فدعوى البائع الإعتاق على المشتري في هذه الصورة دعوى هلاك المعقود عليه، ودعوى هلاك المعقود عليه دعوى سقوط التحالف عندهما، فيحلف المشتري أولاً على دعوى العتق[1] عندهما، فإن نكل، يثبت العتق، وسقط التحالف، ويكون القول في الثمن قول المشتري مع يمينه، فيحلف المشتري بالله: لقد اشتريته بألف درهم كما يدعي؛ فالأصل أن كل من جعل القول قوله فإنه يحلف على ما يدعيه، لا على ما يدعي خصمه، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة، أما في موضع التحالف يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، ولا يحلف على ما يدعيه.

وإن حلف على دعوى الإعتاق، ثم يثبت هلاك المعقود عليه، فيتحالفان لاختلافهما في جنس الثمن حال قيام المعقود عليه، ويبدأ بيمين المشتري، فإن نكل، لزمه مائة دينار، ويكون العبد ملكاً له، وإن حلف، يحلف البائع بعد ذلك بالله ما بعته بألف درهم، كما ادعى

(١) هكذا في «ب»، وكذا في الأصل: «دعوى العتق»، وفي النسخة م: «عنه».

المشتري، فإن نكل، فله الألف، وإن حلف، فسخ القاضي العقد بينهما بسبب التحالف إذا طلبا، أو طلب أحدهما. ثم يصير العبد حراً؛ لأن البائع أقر بحريته حال ما كان مملوكاً للمشتري.

١٢٣٦١ - ومن أقر بحرية عبد غيره، ثم ملكه يوماً من الدهر، يعتق على المقر، ويكون ولاء العبد موقوفاً؛ لأن كل واحد منهما ينفيه عن نفسه، فإن عاد المشتري إلى التصديق، كان الولاء له؛ لأن الولاء لا يحتمل النقض[1] بعد ثبوته، فلا يبطل بتكذيب المشتري، هذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وأما على قول محمد رحمه الله تعالى: يبدأ بالتحالف؛ لأن هلاك المعقود عليه عنده لا يمنع التحالف، واختلافهما في العقد سابق على اختلافهم في العتق، فلهذا يبدأ بالتحالف، ويحلف المشتري بالله: ما اشتريته بمائة دينار، ويحلف البائع بالله: ما بعته بألف درهم. وأيهما نكل عن اليمين، لزمه دعوى صاحبه، فإن حلفا، يحلف المشتري على دعوى العتق بعد ذلك؛ لأن البائع يدعي عليه لنفسه بهذا الدعوى، فإنه لو ثبت العتق، كان الفسخ بالتحالف على القيمة بهلاك المعقود عليه، وإذا لم يثبت العتق، كان الفسخ بالتحالف على عين العبد، فيحلف المشتري بالله ما أعتقه، فإن نكل، يثبت العتق، ويفسخ القاضي العقد على القيمة، وإن حلف، فسخ القاضي العقد على العبد، وصار العبد حراً لإقرار البائع بحريته، وولاؤه موقوف، ويستوي في هذه المسألة إن كان اختلافهما قبل قبض المشتري العبد أو بعده.

١٢٣٦٢ - وفي «الزيادات»: رجل ادعى على رجل أني بعت منك هذا العبد الذي في يدي بمائة دينار، وأعتقته أنت، وقال المشتري: ما اشتريت إلا نصفه بخمسمائة درهم، وما أعتقته، فإنه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يحلف المشتري أولاً على العتق، ولا يشتغل بتحليفهما بسبب اختلافهما في جنس الثمن؛ لأن البائع بدعوى العتق على المشتري يدعي هلاك المعقود عليه، وسقوط التحالف وتحول ضمان المشتري إلى المشتري، فيحلف المشتري على دعوى العتق أولاً، فإن نكل، ثبت العتق من جهة المشتري، فيحلف بالله: ما اشتريت الكل بمائة دينار، ولقد اشتريت النصف بخمسين درهماً، فإن نكل، صار مقراً بشراء الكل بمائة دينار، وقد ثبت العتق منه، وكان الولاء له، وإن أنكر الولاء لنفسه، لما أنكر الإعتاق، إلا أن القاضي لما قضى عليه بالعتق بنكوله، فقد كذبه في إنكاره، فالتحق إنكاره بالعدم، وإن حلف، فقد انتفى شراء الكل بمائة دينار، وثبت شراء النصف بخمسين

(١) هكذا في النسختين: ... ... وكذا في الأصل والنسخة ... «النقض».

درهمًا، وهذا النصف الذي انتهى الشراء فيه زال عن ملك البائع، وعتق نصف العبد على المشتري، وعتق النصف الآخر على البائع عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لإقرار البائع بحريته حين نسب الإعتاق إلى من زعمه مالكًا، وهو المشتري، ومن أقر بحرية عبد وملكه يومًا من الدهر، عتق عليه بحكم إقراره، والإعتاق عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يتجزأ، فيعتق النصف على البائع، والنصف على المشتري لهذا، ويكون نصف الولاء للمشتري، والنصف يكون موقوفًا للحال؛ لأن كل واحد منهما بنفيه عن نفسه، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عتق كل العبد على المشتري، والولاء له؛ لأن الإعتاق عنده لا يتجزأ.

هذا إذا نكل المشتري عن اليمين على العتق، وإن حلف على العتق، انتفى العتق من جهته، وتشتغل الآن بتحليفهما بسبب الاختلاف بينهما في جنس الثمن، ويبدأ بيمين المشتري، فيحلف بالله: ما اشتريته بمائة دينار، ولقد اشتريت نصفه بخمسمائة، فإن نكل، لزمه الشراء بمائة دينار، وكان العبد رقيقًا؛ لأن العتق هنا لو ثبت، يثبت بمجرد قول البائع، وإنها شهادة فرد، والحكم لا يقضي بشهادة الفرد، وإن حلف، يحلف البائع بالله: ما بعت نصفه بخمسمائة درهم، ولقد بعت كله بمائة دينار، فإن نكل، انتفى العقد عن أحد النصفين، وعتق ذلك النصف على البائع؛ لأنه أقر بحريته حين نسب الإعتاق إلى من يزعمه مالكًا.

ثم الإعتاق عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يتجزأ، فإذا عتق أحد النصفين على البائع، عتق النصف الآخر عليه، وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الإعتاق يتجزأ، فيبقى النصف الذي ثبت فيه البيع مملوكًا للمشتري، ثم يخير المشتري في النصف الذي ثبت فيه البيع بين إمضاء العقد وبين الفسخ؛ لأن المعقود عليه قد تغير من جهة البائع قبل القبض من العين إلى القيمة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى؛ لأن عنده الإعتاق لا يتجزأ، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الإعتاق، وإن كان يتجزأ، إلا أن بعتق النصف ثبت نوع فساد، ويخير في النصف الباقي أنه يكفي لثبوت الخيار للمشتري، فإن اختار المشتري الفسخ، عاد النصف الآخر إلى ملك البائع، وعتق عليه بلا خلاف بحكم إقراره السابق، ولا سعاية له على العبد أصلًا، لا في النصف الذي انتفى البيع عنه، ولا في النصف الذي عاد إليه بحكم الفسخ؛ لأن البائع تبرأ من السعاية؛ فإنه يقول: بعت كل العبد من المشتري، وحقي في الثمن، والمشتري كاذب في يمينه، فيكون مقرًا ببراءة العبد عن السعاية من هذا الوجه.

وإن اختار المشتري إمضاء العقد، كان له أن يستسعي العبد في نصف قيمته؛ لأنه مشهود عليه بالعتق، والمشهود عليه بالعتق يستوجب السعاية على العبد، سواء كان الشاهد موسرًا،

أو معسرًا بلا خلاف، ويقاس المسألة[1] إن أدى المشتري من الثمن. فإن كان الجنس متحدًا، وكان في القيمة فضل، تصدق بالفضل، لأنه ربح حصل لا على ضمانه، وإن كان الجنس مختلفًا، لا يتصدق بشيء، لأن الربح لا يظهر في جنسين مختلفين، ولأن القبض له شبه بالعقد، وابتداء العقد متفاضلاً في الجنسين المختلفين يجوز، فما له شبه[2] بالعقد أولى، أما بقاء العقد متفاضلاً في جنس واحد لا يجوز، فباعتبار ما له شبه بالعقد يتمكن نوع خبث، وإنه يوجب التصدق.

هذا إذا حلف البائع، ونكل عن اليمين، فأما إذا حلف فالقاضي يفسخ العقد بينهما في النصف الذي اتفقا على البيع فيه إذا طلبا، أو طلب أحدهما، وعاد ذلك النصف إلى ملك البائع، وعتق عليه مجانًا من غير سعاية؛ لما قلنا، هذا كله قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وأما على قياس قول محمد رحمه الله تعالى: يبدأ بالتحالف في العقد، لأن دعوى الإعتاق من البائع وإن كان دعوى هلاك المعقود عليه، إلا أن إهلاك المعقود عليه لا يمنع التحالف عنده، والاختلاف في العقد سابق على الاختلاف في العتق، فيبدأ بالتحالف في العقد، فيحلف المشتري أولاً، ثم يحلف البائع على نحو ما بينا، وأيهما نكل عن اليمين، لزمه دعوى صاحبه، وإن حلفا يحلف المشتري على دعوى العتق كما مر.

هذا كله إذا اختلفا في العقد قبل قبض العبد، أما إذا اختلفا بعد قبض العبد، ففي المسألة مخالفة، قال في الكتاب: الجواب على ما وصفت لك قبل القبض إلا في خصلة واحدة، أنه لا خيار للمشتري ههنا في الفسخ والإمضاء في النصف الذي ادعى الشراء فيه لتغير المعقود عليه بعد القبض، ولكن يسعى العبد في نصف قيمته.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وههنا خصلة أخرى، أنه إذا قبض المشتري نصف القيمة من العبد، لا يتصدق بشيء، وإن كانت القيمة من جنس الثمن، وكان فيها فضل على الثمن لحصول الربح على ضمانه، ولعدم ورود ما له شبهة بالعقد وهو القبض عليه، ولهذه المسألة مع أجناسها باب على حدة في الزيادات لقبه باب المعاملة.

نوع آخر في الاختلاف في الثمن بعد ارتفاع العقد:

١٢٣٦٣ - قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا اشترى الرجل من آخر جارية بألف درهم،

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ف.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في النسخة ظ: فما له شبه بالعقد أولى.

وتقابضا، ثم تقايلا البيع حال قيام الجارية حتى صحت الإقالة، ثم اختلفا في مقدار الثمن، فقال المشتري: كان الثمن ألف درهم، ولي عليك أيها البائع ألف درهم، وقال البائع: كان الثمن خمسمائة على أن أرد عليك خمسمائة أيها المشتري، ولا بينة لواحد منهما، وذكر أنهما يتحالفان.

ففرق بين هذا وبين ما إذا اختلفا في مقدار رأس المال بعد الإقالة في السلم، فقال المسلم إليه: كان رأس المال خمسة، وقال رب السلم: كان رأس المال عشرة، فالقول قول المسلم إليه مع يمينه، ولا يتحالفان، وفي الإقالة في بيع العين قال: يتحالفان، وتنفسخ الإقالة بينهما بعد التحالف، ويعود الأمر إلى ما كان قبل الإقالة، والفرق أن الإقالة في باب السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه، وفي حق كل حكم إذ لا يمكن أن يعتبر بيعًا جديدًا؛ لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض، فإنه لا يجوز، فيعتبر فسخًا في حق التحالف أيضًا، كما في بيع العين، إذا تقايلا قبل قبض المبيع المنقول والثمن مدفوع إلى البائع، واختلفا في مقدار الثمن بعد الإقالة، فإنهما لا يتحالفان، ويكون القول قول البائع مع يمينه في مقدار الثمن؛ لأن الإقالة في هذه الصورة لا يمكن أن يعتبر بيعًا جديدًا، فاعتبر فسخًا في حق جميع الأحكام من جملتها التحالف، فكذا في السلم، وإذا اعتبرت الإقالة فسخًا في حق التحالف، لا يمكن شرع التحالف فيها؛ لأن التحالف شرع في العقود بخلاف القياس، فلا يشرع في حق الفسوخ، وأما الإقالة في بيع العين بعد القبض إن اعتبر فسخًا فيما بين المتعاقدين، اعتبر بيعًا جديدًا في حق الثالث؛ لأن اعتبار معنى البيع بعد القبض ممكن، فيعتبر بيعًا جديدًا في حق التحالف، وصار في حق التحالف كأن البائع اشترى ثانيًا، ثم اختلفا في الثمن، ولو كان كذلك، كانا يتحالفان، كذا هنا.

وفي باب السلم لو حصلت الإقالة بعد قبض المسلم فيه وهو قائم، حتى أمكن أن يعتبر بيعًا جديدًا في حق الثالث، يقول بأنهما يتحالفان أيضًا، هكذا قال الفقيه أبو بكر البلخي، ثم إن محمدًا رحمه الله تعالى يحتاج إلى الفرق بين الإقالة في فصل السلم وبين ما إذا اختلفا في مقدار الثمن بعد هلاك السلعة، فإن في فصل الإقالة في السلم قال: لا يتحالفان؛ لأن الإقالة في باب السلم مما لا يحتمل الفسخ [وفي البيع بعد هلاك السلعة قال بالتحالف، وإن كان البيع بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ](١) والفرق أن التحالف مشروع في العقد لا في الفسخ، والإقالة في باب السلم قبل القبض فسخ من كل وجه، فلا يمكن شرع

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

الفصل الحادي عشر
في الزيادة في الثمن والمثمن وازدیادهما، وفي الحط والإبراء عن الثمن وفي هبة الثمن من المشتري

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه في الزيادة المتولدة من المبيع:

١٢٣٦٤- كل زيادة تولدت عن نفس المبيع، كالولد والثمر واللبن، فهي مبيعة، فإن حدثت قبل القبض، كان لها حصة من الثمن على اعتبار القبض، فإن ورد القبض على الأصل، والزيادة قسم الثمن على الأصل يوم العقد، وعلى الزيادة يوم القبض، وإن حدثت هذه الزيادة بعد القبض، كانت مبيعة تبعًا، ولا حصة لها من الثمن أصلا، وإنما كانت هذه الزيادة مبيعة؛ لأنه يثبت فيها حكم البيع، وهو الملك؛ لأن الملك في الأم إنما يثبت بالبيع، والملك في الزيادة إنما يثبت بملك الأم؛ لأن ملك الأصل علة ملك الزيادة، فكان ثبوت الملك في الزيادة بواسطة ثبوت الملك في الأصل مضافًا إلى البيع، فهو معنى قولنا: إن الزيادة صارت مملوكة بالبيع، وكانت مبيعة إلا أنها مبيعة تبعًا بمنزلة أطراف المبيع، فلا يكون لها حصة من الثمن؛ لأن الثمن يقابل الأصول، وإنما يقابلها الثمن إذا صارت[1] مقصودة، بفعل عليها، وهو القبض؛ لأن القبض فعل مقصود، وله شبه بالعقد من حيث إن بالعقد يثبت ملك الرقبة، وباليد يثبت ملك التصرف، فإذا حبل بالولد، يصير للولد حصة من الثمن، أما بدونه لا يكون للولد حصة من الثمن، حتى لو هلكت الزيادة في يد البائع، هلك بغير شيء؛ لأن القبض قد انعدم فيها، فلم يصر بمقابلتها شيء من الثمن، ولا خيار للمشتري بسبب هلاك الزيادة في يد البائع إلا في ولد الجارية خاصة؛ لأن الولادة عيب فيها، فيثبت الخيار لنقص في الأم دون هلاك الولد، وإذا ورد القبض على الأصل، والزيادة قسم الثمن على الأصل والزيادة، ويعتبر في الانقسام قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم القبض؛ لأن الأصل صار مقصودًا بالعقد، والزيادة صارت مقصودة بالقبض، والثمن إنما يقابل بما هو مقصود، فاعتبر قيمة

(١) وفي النسخة "ف": إذا صارت مقصودها بفعل يحلها، وهو القبض، وفي النسخة "م": إذا صارت كلها ..، وهو القبض.

الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم القبض لهذا.

١٢٣٦٥ - ولو أتلف البائع الزيادة المتولدة من المبيع قبل القبض، سقطت حصته من الثمن، يقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد، وعلى قيمة النماء يوم الاستهلاك؛ لأن النماء مبيع، وقد صار مقصودًا بالاستهلاك، فيثبت له حصة من الثمن، كما لو استهلك جزءًا من المبيع. وإنما اعتبر قيمة النماء يوم الاستهلاك؛ لأنه إنما صار مقصودًا بالاستهلاك.

١٢٣٦٦ - ولو استهلك النماء أجنبي، ضمن قيمته، وكانت مع الأصل جميعًا؛ لكون البدل قائمًا مقام الأصل، ولا خيار للمشتري إلا في ولد الجارية؛ لما مر.

ولو استهلك نماء النماء، بطلت حصته على ما بينا، ولا خيار للمشتري في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: له الخيار؛ لأن النماء بالاستهلاك صار مقصودًا، ولهذا أخذ حصته من الثمن، فصار كالموجود لدى العقد، ومتى هلك الأصل تتفرق الصفقة على المشتري بالاستهلاك قبل التمام، وذلك يثبت الخيار. ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن هذه الزيادة لو هلكت بنفسها، لم يثبت للمشتري خيار، فإذا استهلكها البائع أولى؛ لأن بالاستهلاك حصل للمشتري نفع لم يحصل بالهلاك، وهو سقوط حصته، وهذا لأن الرغبة في الأصل تزداد باستهلاك الزيادة، ولا تتقاصر؛ لأنه إنما رغب في أن يسلم له الأصل بكل الثمن، فإذا سلم ببعض الثمن، ازدادت الرغبة فيه، بخلاف الزيادة الموجودة لدى العقد؛ لأن الرغبة هناك تختل بفوات الزيادة؛ لأن الإنسان إنما رغب في التزام الثمن بمقابلة الشيء لرغبة له فيه بجميع أجزائه، فإذا فات البعض يختل الرغبة، ولهذا استوى فيه الهلاك والاستهلاك، بخلاف ما نحن فيه.

١٢٣٦٧ - ولو اشترى أرضًا أو نخلًا، فأثمرت النخل في يد البائع، ثم استهلك البائع الثمرة فإن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يأخذ الثمن بالحصة من النخل، وعند محمد رحمه الله تعالى يأخذ الثمن والنخلة بحصتها من الأرض، بيانه: إذا كانت الأرض تساوي ألفًا، والثمر يساوي ألفًا، والنخل يساوي ألفًا، فإن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يقسم الثمن نصفين على الأرض والنخل، ثم ما أصاب النخل يقسم نصفين، فيسقط الربع، وعند محمد رحمه الله تعالى يقسم أثلاثًا، فيسقط الثلث.

نوع منه في الزيادة المشروطة:

١٢٣٦٨ - اعلم أن الزيادة في الثمن والمثمن صحيحة ثمنًا ومثمنًا، وتلتحق بأصل

العقد، ويجعل كأن العقد من الابتداء ورد على الأصل والزيادة، وهو مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وعند زفر لا يصح ثمناً ومثمناً، وإنما يصح هبة مبتدأة حتى لا يتم إلا بالتسليم والقبض، وقال الشافعي رحمه الله: لا تصح أصلاً، والصحيح مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأن الزيادة تصرف في العقد بتغييره من وصف مشروع، وهو وصف كونه خاسراً إلى وصف مشروع، وهو وصف كونه عدلاً أو رابحاً؛ لأن العقد قد يقع خاسراً من أحد الجانبين، رابحاً من جانب الآخر، بأن كان أحد البدلين أكثر مالية، والزيادة على ما عليه الغالب، والظاهر إنما يشترط لو وقع العقد خاسراً من جانبه، دفعاً للخسران عنه، فيصير العقد عدلاً أو رابحاً من جانبه بعد أن كان خاسراً من جانبه، والعقد يقبل هذا النوع من التغيير، إذ ليس فيه أكثر من أن يصير بعض الثمن بمقابلة الزيادة بعد أن كان كله بمقابلة الأصل، ومن أن يصير بعض المبيع بمقابلة الزيادة بعد أن كان كله بمقابلة أصل الثمن، والعقد قابل لذلك، ألا ترى أن في الزيادة المتولدة من [المبيع قبل القبض إذا قبضها المشتري، يأخذ قسطاً من الثمن، ويصير بعض الثمن بمقابلة الزيادة بعد أن كان كله بمقابلة أصل المبيع، وكذلك الزيادة المتولدة من الثمن](1) إذا قبضها البائع، يأخذ قسطاً من المبيع، ويصير بعض المبيع بمقابلة الزيادة بعد أن كان كله بمقابلة أصل الثمن، إذا ثبت أن العقد قابل لهذا النوع من التغيير، وجب القول بتصحيح الزيادة ثمناً ومثمناً، ودفعاً للخسران من جانب المشتري بما له الزيادة، بقي هنا إشكال أن الثمن لا بد له من مثمن، هو مقابله تقديراً، وكذلك المثمن لا بد له من ثمن هو مقابله تقديراً، ولكن الجواب عنه أن أصل الثمن لا يستغني عن المقابلة حقيقة، وكذلك أصل المثمن، فأما وصف الثمن والمثمن يستغني عن المقابلة حقيقة، ويكتفى بصورة المقابلة فيه.

١٢٣٦٩ - ألا ترى لو باع عبداً قيمته ألف درهم بألفي درهم، يجوز، وفي حق الألف الزائدة لا مقابلة من حيث الحقيقة، إنما ثبتت المقابلة صورة، وفي مسألتنا وجد صورة المقابلة، فيكتفى بها لصحة الزيادة ثمناً ومثمناً، وشرط صحة الزيادة من المشتري في الثمن في ظاهر الرواية بقاء المبيع، وكونه محلاً للمقابلة في حق المشتري حقيقة. وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أن شيئاً من ذلك ليس بشرط، حتى إن في رواية الحسن تصح الزيادة بعد هلاك المبيع، وفي ظاهر الرواية لا تصح، وروي عن محمد رحمه الله تعالى: أن شرط صحة الزيادة كون المبيع قابلاً للمقابلة في نفسه، لا كونه قابلاً للمقابلة في حق المشتري، غير(2) أن

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من م و ب.

(2) في م: حتى بدلاً من غير.

على هذه الرواية تصح الزيادة من المشتري في الثمن بعد ما باع المشتري المبيع ، أو وهب وسلم ، أو تصدق ، وسلم ؛ لأن المبيع بقي محلاً للمقابلة في نفسه ، وفي ظاهر الرواية لا تصح الزيادة ؛ لأن المبيع لم يبق محلاً للمقابلة في حق المشتري ، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية ؛ لأن طريق تصحيح الزيادة في الثمن تغيير العقد ، والعقد بعد هلاك المعقود عليه لا يقبل التغيير ؛ لأن التغيير يرد على الموجود ، والعقد كلام ، كما وجد بلا شيء ، والعدم ، وإنما جعل باقياً ببقاء محله ، ومحله المبيع ، فإذا هلك المبيع ، فات محل البيع ، فلا يبقى العقد ، فلا يمكن القول بالتغيير .

والجواب عن رواية محمد رحمه الله تعالى على ظاهر الرواية . أن الزيادة من المشتري ، فيشترط محلية المقابلة في حقه .

توضيحه أن المعتبر[1] أن المقابلة من وصف إلى وصف في معنى إنشاء المقابلة على ذلك الوصف ، ثم يشترط لصحة إنشاء المقابلة حقيقة كون المحل قابلاً للمقابلة في حق المشتري [لا كونه قابلاً للمقابلة في نفسه ، وكذا يشترط لصحة إنشاء المقابلة المعنوية كون المحل قابلاً للمقابلة في حق المشتري][2]

١٢٣٧٠- وفي "المنتقى" : إذا اشترى عبداً بأمة ، وتقابضا ، وهلك أحدهما ، ثم زاد أحدهما للآخر في البيع ، جاز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ؛ لأن الإقالة تجوز في هذا الوجه ، والأصل عند أبي يوسف أن ما جازت الإقالة فيه ، جازت الزيادة فيه .

ولو زاد في الثمن بعد ما رهن المبيع ، أو آجر ، يصح الزيادة ؛ لأن المحل بقي قابلاً للمقابلة حقيقة في حق المشتري وقت شرط الزيادة ، فإن بيع المرهون والمستأجر من المرتهن والمستأجر صحيح نافذ ، وإنما لا ينفذ بيعهما من الأجنبي لعجز البائع عن التسليم لحق المرتهن والمستأجر ، لا لأنه ليس بمحل المقابلة في حقه .

١٢٣٧١- وكذلك لو زاد المشتري في الثمن بعد ما قطع يد المبيع ، وأخذ المشتري أرشه ، صحت الزيادة ؛ لأن الزيادة المنفصلة لا تبطل محلية المقابلة في حق المشتري ، فلا يمنع الزيادة إلا أنه لا يملك الرد بالعيب لمكان الزيادة المنفصلة ؛ لأن بالرد بالعيب ينفسخ العقد ، فبقي الزيادة مبيعاً مقصوداً بلا ثمن ، أما في إثبات الزيادة لا يحتاج إلى الفسخ ، فلا يؤدي إلى هذا المعنى . وبهذا تبين أن الطريق المعتبر في تصحيح الزيادة طريقة التغيير ، لا طريقة الفسخ ، ولو زاد

(١) وفي النسختين "ظ" و "م" : توضيحه أن تغيير المقابلة من وصف إلى وصف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبت هذه العبارة من النسخ التي عندنا جميعاً .

المشتري في الثمن بعد ما كانت المبيع لا تصح الزيادة، فرق بين الكتابة والرهن حيث يجوز الزيادة في المبيع بعد الرهن، ولم يجوز بعد الكتابة، وكما ثبت للمكاتب يد على نفسه ثبت للمرتهن يد على المرهون، والفرق وهو أن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء، وأنه يد الملك لا يد حرية للمملوك، فيبقى المرهون محلا للمقابلة، فأما الكتابة تبطل يد المولى فيظهر للعبد يد حرية على نفسه ليتمكن من الضرب في أرض الله تعالى، فيبتغي من فضل الله تعالى، فينال شرف الحرية، وبهذا تبطل محلية البيع، ولهذا لو حلف أن لا يبيع، فباع المرهون، يحنث في يمينه، ولو باع المكاتب، لا يحنث، هذه الجملة من بيوع "الجامع"

١٢٣٧٢- وفي "القدوري": وإذا صار المبيع مما لا يجوز العقد عليه، نحو أن يعتقه المشتري، أو يستولد، أو يدبر، أو يكون عصيراً فتخمر، أو يخرجه المشتري عن ملكه، أو يهلك، ثم زاد، فالزيادة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز، وعلى هذا الخلاف إذا زاد الزوج في مهر المرأة بعد موتها، وعلل لأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال: لأن الزيادة تثبت للحال ربحاً وتبعاً، لا أصلا ومقصوداً، ثم بعد الالتحاق بأصل العقد تثبت المقابلة بين الزيادة وبين المبيع، وتثبت بهذه الزيادة حصة من الثمن، ولما كان هكذا، يراعى قيام المبيع، وكونه محلا للمقابلة حالة العقد لا حالة الزيادة.

١٢٣٧٣- وفي "البقالي": يجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع، بخلاف الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية، وهكذا روى ابن سماعة في "نوادره".

١٢٣٧٤- ولو زاد بعد ما صار الخمر خلا، صحت الزيادة بلا خلاف؛ لأن الزيادة تقابل المبيع للحال صورة، ثم إذا التحق بأصل العقد، يقابل المبيع معنى، فإذا نظرنا إلى حالة المقابلة صورة، فالمحل صالح للمقابلة، وإن نظرنا إلى حالة المقابلة معنى، فالمحل صالح أيضاً، أما فيما بين ذلك، ليس له حالة المقابلة صورة، ولا حالة المقابلة معنى، فيجعل التخمر فيه عفواً

١٢٣٧٥- وإذا اشترى شاة، وذبحها، ولم يسلخها، أو سلخها، ثم زاد في الثمن، صحت الزيادة؛ لأن المبيع قائم بعد الذبح والسلخ، ولهذا لو كانت مغصوبة، لا ينقطع حق المالك بهذه الأشياء، هكذا ذكر في "الجامع"، وفي "المنتقى": رواية مجهولة أن لا تجوز الزيادة في "الجامع" أيضاً.

١٢٣٧٦- ولو اشترى غزلا، وقبضه، ونسجه ثوباً، ثم زاد في الثمن، بطلت الزيادة؛ لأن بالنسج صار شيئاً آخر، وصار الأول هالكاً، ولهذا ينقطع حق المغصوب منه.

١٢٣٧٧ - ولو اشترى ثوبًا، فقطعه، وخاطه قميصًا، ثم زاده في الثمن، صحت الزيادة؛ لأن المبيع هو الثوب، والثوب باقٍ، إلا أنه إنما أوجب انقطاع حق المغصوب منه باعتبار تعارض الحقين: حق الغاصب، وحق المالك، وترجيح حق الغاصب على حق المالك على ما عرف، فأما حق المشتري هنا، فلا يعارضه بنفسه، فلا يجب الترجيح، وكذلك إذا اشترى حديدًا، وضربه سيفًا، ثم زاد في ثمنه، صح ذلك؛ لأنه حديد كما كان، وإنما ينقطع حق المالك لترجيح حق الغاصب على ما مر في مسألة الحنطة.

١٢٣٧٨ - ولو اشترى حنطة، فطحنها، ثم زاد في الثمن شيئًا، بطلت الزيادة على ظاهر الرواية؛ لأن الحنطة هلكت، ألا ترى أن الاسم قد زال، والصورة قد تبدلت، والمعنى قد هلكت، ووجدت معنى آخر، فبطلت الزيادة ضرورة، وإذا كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد، وقد بيع المبيع في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا تصح الزيادة، ثم في كل موضع تصح الزيادة من المشتري، تصح من الأجنبي؛ لأن المشتري لا يملك بمقابلة الزيادة شيئًا لم يكن مملوكًا له، وكان الأجنبي في هذا كالمشتري، غير أن الزيادة من المشتري تصح بمطلق الإيجاب، ومن الأجنبي إنما يصح إذا أضاف الإيجاب إلى ماله، أو ذمته، أو أضاف الضمان إلى نفسه، أما بدون أحد هذه الأوصاف لا يصح، وإنما كان هذا لأن مطلق الزيادة ثمنًا إنما يكون على من وقع له الثمن، والمثمن وقع للمشتري، وله ولاية على نفسه، فيصح، وأما لا ولاية للأجنبي على المشتري فلا يقع إيجابًا على المشتري، بل يقع إيجابًا على الأجنبي، فلا يصح إلا على الوجه الذي قلنا، وهو نظير ما قلنا في الخلع بالطلاق على مال، إنه يصح من الأجنبي، كما يصح من المرأة؛ لأن المرأة بالطلاق على مال لا تملك شيئًا؛ لأن حقها في مالكيتها وعرضها، وذلك باقٍ، لكن يبطل به ملك الزوج، وقد يفعل ذلك مع الأجنبي أيضًا، لكن يصح من المرأة مطلقًا، ومن الأجنبي لا يصح ما لم يضف الإيجاب إلى ماله أو ذمته.

١٢٣٧٩ - ثم الزيادة من الأجنبي لا تخلو: إما أن تكون مطلقة أو مقيدة بالثمن، وإما أن تكون مشروطة في العقد، أو ملحقة به، وإما أن تكون الزيادة بأمر المشتري، أو بغير أمره، فإن كانت [الزيادة] مشروطة في العقد، فإن كانت[1] بغير أمر المشتري، وكانت مطلقة غير مقيدة بالثمن

فصورتها: رجل ساوم رجلا بعبد له بألف درهم، وأبى المالك إلا أن يبيعه بألف

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من [illegible].

وخمسمائة ، فقال أجنبي لصاحب العبد : بعه إياه بألف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ، فباعه إياه بألف ، ولم يشترط شيئًا في البيع ، فالبيع جائز ، والخمسمائة التي ضمن الرجل للبائع باطل ؛ وإن كانت مقيدة بالثمن .

وصورتها : إذا قال الأجنبي لصاحب العبد : بعه بألف درهم ، فباعه إياه ، جاز ، ووجب الألف على المشتري ، والخمسمائة على الأجنبي ، وهي مسألة « الجامع الصغير » ، وإنما جاء الفرق بين المسألتين ؛ لأن في المسألة الأولى لا يمكن أن يجعل كلام الأجنبي زيادة في الثمن ؛ لأنه قال - على أني ضامن لك خمسمائة سوى هذه الألف والألف هو الثمن ، فكأنه قال سوى الثمن ، فلا يمكن أن يجعل هذا زيادة في الثمن ، بقي هذا شرطًا للزيادة مطلقًا ، وشرط الزيادة مطلقًا التزام المال بلا سبب ، والتزام المال بلا سبب رشوة ، والرشوة حرام ، أما في المسألة الثانية جعل الخمسمائة من جملة الثمن ، والثمن اسم لما يستحق بالبيع ، فخرج به من أن يكون رشوة .

توضيح الفرق بينهما أن في المسألة الأولى لو كان المشتري هو الذي قال ذلك للبائع ، لا يلزمه الخمسمائة ، وفي المسألة الثانية لو كان المشتري هو الذي قال ذلك للبائع يلزمه الخمسمائة ، فظهر [في المسألتين][1] الفرق بينهما ، فرق آخر وهو أنه إذا قال : من الثمن ، فقد أضاف الالتزام إلى ما بعد الوجوب ؛ لأن الثمن اسم لما وجب بالبيع ، وإضافة الكفالة إلى ما بعد الوجوب [جائزة ، وإذا لم يقل : من الثمن ، فما أضاف الكفالة إلى ما بعد الوجوب][2] ، بل التزم المال شرط أن يبيعه منه بألف درهم ، وذلك غير صحيح .

وفرق آخر أنه إذا قال من الثمن ، فقد جعل الضمان مقابلة المبيع صورة ، لا معنى ، ومثل هذا يصح من العاقل ، فيصح من الأجنبي ، فإذا لم يقل : من الثمن ، فقد جعل الزيادة مقابلًا بفعل البائع ، وهو البيع ، والبائع في البيع عامل لنفسه ، فلا يستوجب به عوضًا على غيره .

فرع على ما إذا قال الأجنبي : من الثمن ، فقال : لو نقد المشتري الألف ، له أن يقبض المبيع ، وليس للبائع أن يمنع من التسليم لاستيفاء الخمسمائة ؛ لأن الخمسمائة لم تثبت ثمنًا في حق حكم يرجع إلى المشتري ؛ لأنه لم يلزمها ، ولم يأمر الأجنبي بها ، وإنما تثبت ثمنًا في حق الأجنبي ، وفي حق حكم يرجع إلى الأجنبي ، وهذا لأن التزام مال الأجنبي فيما يتضرر به

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وقد أثبتت هذه العبارة من النسخة « م » .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وقد أثبتت هذه العبارة من نسخة « م » .

المشتري غير معتبر، ولو وقف قبض المشتري على نقد خمسمائة، يتضرر به المشتري، ولو كان المشتري أمر الأجنبي بالضمان، والمسألة بحالها، كان البيع جائزًا إذا لم يشترط ضمان الخمسمائة في البيع، وإنما ذكر هذه الزيادة تحرزًا عن البيع بشرط الكفالة، فإن هناك بين العلماء رحمهم الله تعالى اختلافًا، وفيه قياس واستحسان، وإذا جاز البيع هنا، كان للبائع أن يأخذ خمسمائة من الكفيل بحكم الضمان، يريد به إذا كان الكفيل قال: على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن، وإن أراد البائع أن يطالب المشتري بالخمسمائة، لم يكن له ذلك؛ لأن المشتري ما التزمها في ذمة نفسه، إنما التزمها الكفيل بأمره، فصار الكفيل ههنا بمنزلة الوكيل بالشراء، وهناك ليس للبائع أن يطالب الموكل بالثمن، بل يطالب الوكيل، كذا ههنا، فإن نقد المشتري ألف درهم، وأراد أن يأخذ المبيع، ليس له ذلك، حتى يأخذ البائع خمسمائة من الكفيل، بخلاف ما إذا لم يكن المشتري أمر الضامن بذلك؛ لأن هناك الخمسمائة يثبت ثمنًا في حق المشتري، ولهذا الكفيل يرجع على المشتري بذلك، وفيما إذا كانت الزيادة بغير أمر المشتري، فالزيادة لم تثبت ثمنًا في حق المشتري، ولهذا لا يرجع الضامن على المشتري بالزيادة.

وإن أدى المشتري الألف والخمسمائة إلى البائع، أجبر البائع على القبول منه، وإن كان لا يجبر المشتري على إعطاء الخمسمائة إذا أدى ذلك بمنزلة الموكل إذا أدى الثمن، يجبر البائع على القبول منه، وإن كان لا يجبر هو على الدفع ابتداء، وليس للكفيل أن يرجع على المشتري، يريد به إذا أدى المشتري الألف والخمسمائة إلى البائع، كالوكيل إذا نقد الثمن من مال نفسه، لا يكون للوكيل حق الرجوع عليه بشيء؛ لأنه إنما يرجع بما أدى من الثمن، لا بما لم يؤد.

وأشار محمد رحمه الله تعالى في "الأصل" إلى علة المسألة، فقال المشتري: ليس بمتطوع فيما أدى عن الكفيل، وإنما أراد بهذا التفرقة بين هذا وبين ما لو جاء أجنبي، وأدى الخمسمائة عن الكفيل، حيث كان للكفيل أن يرجع على المشتري بالخمسمائة؛ لأن هناك الأجنبي في الأداء عن الكفيل متبرع، فيصير كأنه ملك الخمسمائة من الكفيل، ثم أدى الخمسمائة من مال الكفيل، أما ههنا المشتري ليس بمتبرع عن الكفيل؛ لأنه يؤدي ما كان عليه، فلم يصر مملكًا من الكفيل بطريق التبرع، بل يكون مؤديًا من مال نفسه، ولهذا افترقا.

١٢٣٨٠ - هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في العقد، فأما إذا كانت الزيادة ملحقة به، بأن اشترى رجل عبدًا بألف درهم، وقبضه أو لم يقبضه حتى زاد رجل أجنبي في ثمنه خمسمائة،

فإذا فعله بإذن المشتري، فهو على المشتري دون الأجنبي؛ لما ذكرنا أن مطلق الزيادة إذا ينصرف إلى من دفع له الثمن، وقد ثبت له الولاية على المشتري؛ لأمره، فالمشتري بالزيادة، ويصير الأجنبي في هذا بمنزلة المعبر والسفير، ولهذا لا يستغني عن الإضافة إلى عقد المشتري؛ فإنه لا بد أن يقول: زدتك خمسمائة في ثمن المبيع الذي اشتراه فلان، وحقوق العقد لا ترجع على العاقد دون المعبر والسفير، بخلاف ما إذا كانت الزيادة مشروطة في العقد؛ لأن الأجنبي هناك بمنزلة الوكيل، ولهذا يستغني عن إضافة الزيادة إلى عقد غيره، فكانت الحقوق راجعة إليه، أما هنا بخلافه، وإذا كانت الزيادة بغير أمر المشتري، فإن لم يضمن الزيادة والإضافة إلى مال نفسه، ولا إلى ذمته، كانت الزيادة موقوفة على رضى المشتري؛ لما مر أن مطلق الإيجاب إنما يكون على من وقع له الثمن، فيصير إيجاباً على المشتري، ولا ولاية له على المشتري، فيتوقف على رضى المشتري لهذا.

وإن كان حين زاده على الخمسمائة، قال: على أني ضامن لها، أو قال: على أنها علي، فهي لازمة للأجنبي؛ لأنه التزمها في ذمة نفسه، أو ماله، فبعد ذلك إن أجاز المشتري، لم تعمل فيه الإجازة؛ لأنه قد لزمت الأجنبي، والإجازة إنما تلحق عقداً عقد على غيره، لا يعمل بخلاف ما إذا لم يضمن الأجنبي، ولا أضافه إلى ذمته على ما مر.

وفي «المنتقى»: رجل باع رجلاً ثوباً، ثم لقيه المشتري، وقال: إنك أغبنتني، وبعتني بأكثر مما يساوي، فقال البائع: إني قد بعتك بعشرة، وكان باعه بعشرين، فهذا حط للعشرة من الثمن، ولو كان البائع قال للمشتري: قد أرخصت عليك، وبعتك بنصف الثمن، فقال المشتري: قد اشتريته بعشرين، وقد كان اشتراه بعشرة، فهذا من المشتري زيادة في الثمن. ولو لم يكن الأمر على هذا الوجه، ولكن البائع قال للمشتري: بعتك ثوبك بعشرين، فرضيا عليه، وقد كان البيع الأول بعشرة، ينفسخ البيع الأول بالثاني، وكذلك لو كان المشتري قال للبائع: قد اشتريته منك ثانياً بعشرة، وتراضيا عليه، وكان الشراء الأول بعشرين ينتقض الشراء الأول بالثاني، قال: ولا يشبه هذا الأول، ثم قال: إذا ذكر غلاء، أو رخصاً، فهو زيادة وحط، وإن لم يذكره، فهو نقض البيع الأول.

١٢٣٨١- وفي «نوادر هشام»: قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول في رجل اشترى من آخر ثوباً بعشرة دراهم، وأرجح له دانقاً، قال: لا يقدر على رده؛ قلت: في حبة أو قيراط: هو لك، فإن فعل ذلك، باعه المشتري على عشرة دراهم، يعني مرابحة، أو تولية، ولو وجد به عيباً، رده بعشرة.

١٢٣٨٢ - وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبداً على أن البائع بالخيار، ثم إن المشتري قال للبائع: أصالحك على مائة درهم، أعطيكها على أن تسلم لي المبيع، ففعل، جاز، وهذه زيادة، ولو كان الخيار للمشتري، فقال للبائع: أصالحك على أن أحط عنك مائة، أو أزيدك شيئاً على أن تقبل البيع، فهذا جائز أيضاً، وسيأتي في فصل الخيار بخلاف هذا.

وفي «المنتقى»: إذا مات البائع والمشتري، والسلعة قائمة، ثم زاد وارث أحدهما وارث الآخر شيئاً، فهو جائز في قولهم جميعاً.

١٢٣٨٣ - وفي أول بيوع «الجامع»: إذا اشترى إبريق فضة بمائة دينار، وتقابضا، وتفرقا، ثم التقيا، فزاد المشتري البائع في الثمن عشرة دنانير، وصحت الزيادة بشرط قبض الزيادة في مجلس الزيادة؛ لأن الزيادة إذا صحت، التحقت بأصل العقد بطريق الاستناد، فتصير الزيادة بدل الصرف، غير أن الاستناد لا يدخل في فعل العباد، والقبض من أفعال العباد، فاعتبر في حق وجوب القبض حال ثبوت الزيادة، ولا يشترط قبض الإبريق للحال، وإن كانت الزيادة تقابل الإبريق للحال؛ لأنها تقابله للحال تسمية وصورة، ثم إذا صحت، التحقت بأصل العقد، وتثبت المقابلة من وقت وجود العقد معنى، والمقابلة معنى أقوى من المقابلة صورة؛ وقبض الإبريق وجد وقت العقد حقيقة، فوقعت الغنية عن اشتراط قبضها وقت وجود المقابلة صورة، أما في حق الزيادة لا يمكن اعتبار القبض وقت المقابلة، فاعتبرناه وقت وجوب المقابلة صورة.

نوع آخر
يرجع إلى قسمة الزيادة والزيادة في بعض المعقود عليه:

١٢٣٨٤ - يجب أن يعلم أن الزيادة المتولدة من المبيع لا تزاحم المبيع في الزيادة المشروطة ما دام المبيع قائماً حتى كانت الزيادة المشروطة زيادة في المبيع دون الولد؛ لأن الولد تبع، والتبع لا يتبع غيره ما دام الأصل باقياً، فإذا صارت الزيادة المشروطة زيادة على المبيع، فالثمن أولاً ينقسم على المبيع وعلى الزيادة المشروطة، ثم ما أصاب المبيع ينقسم عليه وعلى الولد لكون الولد مبيعاً، فإن المتولد من المبيع مبيع، ويكون الانقسام باعتبار القيمة، ويعتبر قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة المشروطة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم قبض الولد، وهذا كما ذكرنا قبل هذا أن الثمن إنما يقابل ما هو مقصود بالعقد، والمبيع صار مقصوداً بإيراد العقد عليه،

والزيادة بالشرط ، والولد بالقبض الذي هو ملحق بالعقد ، فاعتبر في الانقسام قيمة المبيع يوم العقد ، وقيمة الزيادة يوم الشرط ، وقيمة الولد يوم القبض لهذا .

١٢٣٨٥ - قال محمد رحمه الله تعالى : رجل اشترى من آخر جارية قيمتها ألف درهم ، فولدت الجارية قبل القبض ولداً قيمته ألف درهم ، ثم إن البائع زاد المشترى غلاماً يساوى ألف درهم ، ورضي به المشترى ، ثم ازدادت قيمة الولد ، فصارت ألفي درهم ، وجاء المشترى ، وقبضهم ، ونقد الألف ، ووجد بالولد عيباً ، رده بثلث الألف ، وإنما كان هكذا لأن الثمن أولاً ينقسم على الجارية وعلى الزيادة نصفان اعتباراً لقيمة الجارية يوم العقد ، ولقيمة الزيادة المشروطة يوم الزيادة ، وجعلت الزيادة المشروطة زيادة على الجارية ، ثم ما أصاب الجارية وذلك نصف الألف انقسم عليها وعلى الولد أثلاثاً ، ثلثه بمقابلة الأم ، وثلثاه بمقابلة الولد ، اعتباراً لقيمة الأم يوم العقد ، وهي ألف ، وقيمة الولد يوم القبض ، وهي ألفان ، وثلثا نصف الألف [ثلث الألف ، فإذا وجد بالولد عيباً ، رده بثلث الألف ، وإن وجد بالأم عيباً ، رده سدس الألف][1] ؛ لأن بمقابلتها نصف الألف وثلث نصف الألف سدس الألف ، وإن وجد بالزيادة عيباً ، ردها بنصف الألف ؛ لأن بمقابلتها نصف ، وكذلك إذا لم تلد الجارية ، لكن كان عيبها بيضاء وقت العقد ، فذهب البياض عن عينها ، ثم إن عبداً فقأ عينها عند البائع ، فدفعه مولاه بالجناية إلى البائع ، ثم زاد البائع المشترى عبداً يساوى ألفاً ، فهذا والأول سواء ، إذا قبضهم المشترى ، ينقسم الثمن على قيمة الجارية وقت العقد وعلى قيمة الزيادة يوم زاده ، ثم ما أصاب الجارية ينقسم على قيمتها وقت العقد ، وعلى قيمة العبد المدفوع بالعين يوم قبضه المشترى ، فإذا وجد بأحدهم عيباً ، رده بالحصة ؛ لأنه لما انجلى البياض عن العين ، كان ذلك بمنزلة زيادة متصلة ، فلما ضرب عبد عينها ، ودفع بها ، صارت تلك الزيادة منفصلة بمنزلة ولد ولدته ، فيكون العبد المدفوع تبعاً للمجروحة ، وإنما يصير مقصوداً بالقبض ، فيعتبر في الانقسام قيمته يوم القبض[2] ، وهذا بخلاف إتلاف البائع ؛ لأن البائع بالإتلاف يصير مفوتاً القبض المستحق بحكم العقد ، فصار مقصوداً بالفسخ ، ولن يصير مقصوداً بالفسخ إلا أن يصير مقصوداً بالعقد ، فيصير مقصوداً بالعقد ضرورة ، فهذا يعتبر قيمته في تلك الحالة . أما ههنا البائع يقبض العبد بهذا القبض المستحق للمشترى ، ولا يفوت ، فلا يصير مقصوداً بالفسخ ليصير مقصوداً بالعقد ضرورة ، فلهذا اعتبر قيمته بالانقسام يوم قبض المشترى ، وهذا الذى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ رم وف .

(٢) هكذا في الأصل والنسخة م ، وكان في النسختين : ف و ظ : قيمة وقت القبض .

ذكرنا إذا كانت الجارية بيضاء إحدى العينين عند البائع، فانجلى البياض عنها عند البائع، ثم جاء عبد، وضرب عينها حتى عاد البياض، فدفع به، فأما إذا كانت عيناها صحيحتين عند البائع، وقبضها بألف درهم، ثم جاء عبد، وضرب عينها عند البائع حتى ابيضت، فدفع مولاه إلى البائع، ثم زاد البائع المشتري عبداً يساوي ألف درهم، ثم جاء المشتري وقبضهم، فهنا لا يجعل العبد المدفوع بمنزلة الولد ابتداء، بل يقسم الثمن أولاً على قيمة الجارية يوم القبض[1].

وعلى قيمة الزيادة نصفان، ثم ما أصاب [الجارية][2] يقسم عليها وعلى العبد المدفوع نصفان، قلت قيمة العبد أو كثرت، بخلاف الفصل الأول، فإن هناك ما أصاب الجارية يقسم على قيمتها يوم العقد، وعلى قيمة العبد المدفوع يوم القبض، والفرق أن العبد المدفوع هنا قائم مقام ما هو أصل، وهو العين، لأن العين في هذه الصورة كانت أصلاً، ولم تكن زيادة؛ لأنه اشتراها وهي صحيحة العينين، فكان حكمه حكم نصف الجارية على أي قيمة كان، لأن العين من الآدمي نصفه، فيأخذ نصف ما أصاب الجارية من غير اعتبار القيمة، أما في الفصل الأول العين كانت زيادة؛ لأنه اشتراها وهي بيضاء إحدى العينين، ثم انجلى البياض عنها، والعبد المدفوع بها قائم مقامها، فصارت الزيادة المتصلة منفصلة، وكان بمنزلة الولد، وفي الفسخ الثمن يعتبر قيمة الولد يوم القبض، فكذا قيمة العبد المدفوع.

١٢٣٨٦ - قال: ولو ولدت الجارية المبيعة قبل القبض ولداً، ثم جاء عبد، وضرب عينها التي كانت بيضاء وقت العقد، وانجلى البياض عنها حتى عاد البياض بسبب ضربه، ودفع العبد به، ثم ماتت الجارية بسبب آخر غير فقء عينها، ثم زاد البائع المشتري في المبيع زيادة تساوي ألف درهم، ورضي به المشتري، صحت الزيادة؛ لأنها حصلت حال بقاء العقد؛ لأن الولد يقوم مقام الجارية حال فوات الجارية، والعبد المدفوع في مثل هذه الصورة بمنزلة الولد، يبقى العقد ببقاء كل واحد منهما، فصحت الزيادة، وإذا قبض المشتري يقسم الثمن على قيمة الجارية يوم العقد، وعلى قيمة الولد، أو العبد المدفوع يوم قبض المشتري، فحصة الجارية تسقط بهلاكها قبل القبض، وحصة الولد أو العبد المدفوع يقسم عليه وعلى الزيادة، يعتبر قيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد أو العبد المدفوع يوم قبض المشتري، ويعتبر الزيادة في هذه المسألة تابعة للولد، أو العبد المدفوع؛ لأن الأصل متى فات، قام الولد مقامه، وصار أصلاً، فاعتبر الزيادة تبعاً للولد أو العبد المدفوع لهما، فإن وجد بأحدهما عيباً، رده بحصته من

(١) في النسخة ج: يوم العقد.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

الثمن، فإن لم يقبض المشتري شيئاً من ذلك حتى هلكت الزيادة هلكت بحصتها، ويتخير المشتري، إن شاء أخذ الولد أو العبد المدفوع بحصته من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن هلاك الزيادة يعتبر على المشتري شرط عقده، فلابد من التخيير طلباً للرضا، وهذا الخيار غير الخيار الذي يثبت له بهلاك الجارية قبل القبض؛ لأن ذلك الخيار قد سقط حين رضي المشتري بالزيادة؛ لأن رضاه بالزيادة يكون رضى بلزوم العقد وسقوط الخيار، فبطل ذلك الخيار، وإنما هذا خيار آخر يثبت بسبب هلاك الزيادة.

وإن هلك الولد أو العبد المدفوع قبل القبض [وبقيت الزيادة، فللبائع أن يمسك الزيادة عن المشتري؛ لأن الولد أو العبد المدفوع إذا هلك قبل القبض][1] صار كأن لم يكن؛ لأنه ظهر أنه لم يكن بمقابلته شيء من الثمن، وأن الأم حين هلكت، هلكت بجميع الثمن، فانفسخ العقد كله بهلاك الأم، وأن الزيادة حصلت بعد انفساخ العقد فلم تصح الزيادة، فكان للبائع أن [يمسك][2] الزيادة لهذا، وإنما قلنا: إن بهلاك الولد قبل القبض يظهر أنه لم يكن بمقابلته شيء من الثمن؛ لأن الولد وإن صار مبيعاً، إلا أنه إنما يأخذ قسطاً من الثمن إذا صار مقصوداً، وإنما يصير مقصوداً إذا ورد عليه بالقبض، إلا أن الظاهر أنه كان يبقى إلى وقت القبض، فكان الظاهر صيرورته مقصوداً، والأحكام مبنية على الظاهر، فجعلنا للولد حصة من الثمن للحال بحكم الظاهر، وبقينا العقد بسببه، وصححنا الزيادة تبعاً له، ولكن بشرط بقائه إلى وقت القبض، وإذا هلك الولد قبل القبض، فإن الشرط إذا ظهر بخلاف ذلك الظاهر، وظهر أنه لم يكن بمقابلته شيء من الثمن.

١٢٣٨٧ - وإذا اشترى عبدين قيمة أحدهما ألف درهم، وقيمة الآخر خمسمائة درهم بألف درهم، فصارت قيمة التي كانت خمسمائة ألف درهم أيضاً، ثم زاد المشتري في الثمن شيئاً تصح الزيادة، وتقسم الزيادة عليهما أثلاثاً، اعتباراً بقيمتهما يوم البيع على ما مر، ومعنى آخر: أن الزيادة تلتحق بأصل البيع صورة لا معنى، ثم إذا صحت الزيادة، والتحقت بأصل العقد تتحقق المقابلة بين الزيادة وبين المبيع معنى، والانقسام حكم المعنى، لا حكم الصورة، فيجب اعتبار حالة المقابلة المعنوية، وهي حالة العقد، وفي تلك الحالة كانت قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر، فلا يتغير الانقسام بعد ذلك بتغير القيمة، فإن وجد المشتري بأحد العبدين عيباً، رده بحصته من الأصل والزيادة، وإن مات أحدهما، ثم زاد المشتري في الثمن،

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وما أثبت هنا أثبتناه من جميع النسخ التي عندنا.

(٢) هكذا في النسخة أ، ب، م، وكان في الأصل وفي ف: يملك.

صحت الزيادة في حق القائم دون الهالك، حتى لو كان القائم هو الذي قيمته ألف، صح تمامها، وإن كان القائم هو الآخر صح ثلثها، وكان ينبغي أن لا تصح الزيادة أصلاً؛ لأنه جمع بين الحي وبين الميت في حق الزيادة، ولو جمع بين الحي وبين الميت في حق ابتداء العقد، لا يصح العقد أصلاً، فكذا في حق الزيادة.

والوجه في هذا أن يقال: إن الجمع بينهما إنما يمنع انعقاد العقد لجهالة الثمن، إن لم يكن الثمن مفصلاً عند الكل، والشرط الفاسد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إن كان الثمن مفصلاً؛ لأنه جعل قبول العقد في الهالك شرطاً للعقد في القائم، على ما عرف في موضعه، وكلا المعنيين لا يوجدان ههنا، أما الجهالة لأن الجهالة إنما تقع من قبل الانقسام، والانقسام من حكم المقابلة معنًى، لا صورةً، والمقابلة من حيث المعنى إنما تثبت عند العقد، فعند ذلك يثبت الانقسام، وفي تلك الجهالة لا جهالة، فيصير بمنزلة موت أحدهما بعد الزيادة، وأما المعنى الآخر؛ لأن الزيادة إنما تثبت بطريق الاستناد، وكل مستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه، ولا فساد باعتبار الظهور، إنما الفساد باعتبار الاقتصار، وكان الفساد في حصة الهالك ثابتاً من وجه دون وجه، فلا يثبت حصة الهالك، ولكن لا يتعدى ذلك إلى حصة القائم، ولا يصير شرطاً فاسداً في حق حصة القائم، وكان ينبغي أن يصرف كل الزيادة إلى القائم عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، كما إذا تزوج امرأتين، أو إحداهما لا تحل له على ألف درهم، يصرف الألف كله إلى التي تحل له عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

والجواب أن الانقسام حكم صحة الإيجاب، وهناك الإيجاب لم يصح في حق المحرمة أصلاً، أما ههنا الهالك دخل باعتبار شبه الظهور، والتقسيم حكم شبه الظهور، فصار كما لو مات أحدهما بعد الزيادة، وكذلك لو أعتق أحدهما، أو دبره، أو كاتب أمة فاستولدها، أو باع أحدهما، فهذا وما لو مات أحدهما سواء.

١٢٣٨٨ - وفي «المنتقى»: رجل اشترى عبدين صفقة واحدة بألف درهم، وتقابضا، أو لم يتقابضا، حتى زاد المشتري مائة في ثمن أحد العبدين بعينه، أو قال: في ثمن أحدهما ولم يعين، قال: لا تجوز الزيادة، ثم قال: وإن كان لكل واحد منهما ثمن على حدة، وزاد في ثمن أحدهما لا بعينه، جاز، ويجعل القول قول المشتري في إضافة الزيادة إلى أحد العبدين.

وذكر في موضع آخر من هذا الكتاب: إذا اشترى عبدين صفقة واحدة بألف درهم، ثم زاد المشتري مائة في ثمن أحد العبدين بعينه، وقال: القياس أن تجوز الزيادة، ويقسم الثمن على العبدين، ثم تدخل الزيادة في حصة العبد الذي زيدت فيه، وكذلك إذا زاد جارية في

فهرس الموضوعات
للمجلد التاسع من المحيط البرهاني

****